TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

r

TRATADO

DE

DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO *XXXII*

Direito das Obrigações: Negócios jurídicos unilaterais Títulos ao portador PARTE VI

Conceito, história e teorias dos títulos ao portador

CAPITULO 1

PRELIMINARES

§ 3.654. *Preliminares.* 1. Precisões sobre a técnica legislativa. 2. Dois institutos (títulos ao portador e promessa de recompensa). 3.A colocação do Capitulo 1 do Título VI e a natureza dos títulos ao portador. 4. O Título VI nos trabalhos elaborativos

g 3.655. *Problema da unilateralidade.* 1. Posição do problema dogmático. 2. Público e direção das declarações de vontade.

3.656. *Conceito da incerteza sobre o sujeito.* 1. Determinação e determinabilidade. 2. Duas teorias do “lado do sujeito passivo”, uma interessada e outra desinteressada psicologicamente .3.Primeiras observações criticas. 4.

Duas funções distintas da lei. 5. O direito, o não-direito, as pré-formas CAPITULO II

HiSTÓRIA E CONCEITO DOS TíTULOS AO PORTADOR

§ 3.657. *Elementos para a conceituação e es posição sobre a natureza.* 1.Precisões. 2. A natureza e a história. 3.

Caracterização de duas fases na vida dos títulos ao portador

3.658. *Dados históricos: Egípcios, Babilônios.* 1. Egípcios. 2. Babilônios
3.659. *Fenicios Cartagineses.* 1. Fenicios. 2. Cortagineses.

§ 3.660. *Hebreus e Gregos.* 1. Hebreus. 2. Gregos

§ 3.661. *Romanos.* 1. ~Congiària" a "missilia". 2. "Partes cansaimae"

§ 3.662. *Conclusões sobre o titulo* ao *portador em Roma e nos países de direito romano.* 1. Perspectivas~ 2.

Retardamento das íeis romanas

§ 3.663. *Civilização moderna e títulos ao portador.* 1. Direito compósito moderno. 2. Documentos privados

§ 3.664. *Classificação provisória das cláusulas ao portador e a construção dogmática.* 1. Espécies de cláusulas ao portador.

r

2.Uma das tentativas. 3. Outra tentativa. 4. A construção dogmática: a vida e as grandes teorias

§ 3.665. *As teoria sobre a natureza do título ao portador.* 1. Lei e inteligência da lei. 2. Planos de classificação das teorias. 3.Utilidade do estudo das teorias. 4. As principais teorias.

§ 3.666. *As velhas teorias (francesas e italianas: Joannes Gaílus, N.Boerius, Pet rue Rebulfus, C. Molinaus, Savary~ B. Straccha,F.Mantsca, S. Scaccia).* 1. Teorias francesas. 2. Teorias italianas.

§ 3.667. *As velhas teorias (holandesas e alemães: Petrus Peckius,E.Leoninus, J. Damhouder, Jacob Curtius, Petrus Gudelinus, J. A. Sande, Ulr. Huber; M. Colerus, E. Cothmannue, Carpzov, Marcardus, Mevius, von Pufendorf, Richter).* 1. Teorias holandesas. 2. Teorias alemães

§ 3.668.As *teorias alemães na primeira metade do século XIX.* 1.Começo do século XIX. 2. E. F. Souchay. 3. F.

F. von Kerstorf. 4. Fr. Nebenius, H. Bender e Bucher. 5. C. Schumm,R.Maurenbrecher e outros.

§ 3.669. *Teorias alemães da segunda metade do século XIX.* 1. Três romanistas. 2. Xarí Einert

§ 3.670. *Dados preparatórios.* 1. Conceito de negócio jurídico. 2. Causa e abstração

§ 3.671. *A Teoria de Karl Einert.* 1. Preliminares sobre a teoria.2.Antecedentes

§ 3.672. *Teoria do contrato com incerta pessoa.* 1. Figura do contrato com pessoa incerta. 2. Diferentes explicações da pessoa incerta. 3. Teoria da pessoa incerta, no tempo. 4. Teorias de representação dos portadores

§ 3.673. *Teoria da personificação do titulo.* 1. Fundação da teoria da personificação do titulo. 2. Desenvolvimento da teoria da personificação do titulo. 3. Crítica à teoria da personificação do titulo

§ 3.674. *Teoria da boa fá ou da honestidade.* 1. Furnafação da teoria da boa fé (Redlíchkeitstheorie). 2. H. Staub

§ 3.675. *As teoria, de J. E. Kuntze e de H. Siegel.* 1. Teoria da criação (Kreationstheorie). 2. Teoria da redação

§ 3.676. *Teoria da emissão e teoria da aquisição da propriedade.* 1.Teoria da emissão. 2. Teoria da aquisição da propriedade

§ 3.677. *Teoria do ato jurídico formal e teoria do contrato formal.* 1.Teoria do ato jurídico formal. 2. Teoria do contrato formal. 3.Teoria da entrega e recebimento da propriedade

§ 3.678. *A teoria da promessa dupla.* 1. Exposição da teoria. 2. Seguidores e criticas

§ 3.679. *Teoria do titulo ao portador estipulação a favor de terceiro.* 1.Orientação da teoria. 2. Crítica §

3.680. *Teoria da sujeição à palavra e teoria da negociação do título.* 1.Teoria da sujeição à palavra. 2. Teoria da negociação do titulo.

§ 3.681. *Outras teorias contratualisticas.* 1. Teoria contratualistica de

Otto von Gierke. 2. Teoria da oferta com *o* pleno poder (Vollmacht) aos portadores. 3. Teoria da pendência ou da apresentação.

§ 3.682. *As teorias no Brasil.* 1. Três teorias. 2. Mais uma atitude.3.Exame das teorias.

§ 3.683. *A critica das teorias.* 1. Intróito. 2. O que falta às teorias. 3.A distinção entre direito pessoal e direito real

§ 3.684. *Conceito do ato jurídico unilateral.* 1. Ainda algumas precisões sobre o ato jurídico unilateral. 2. Direito e objeto do direito. 3. Negócio jurídico unilateral e negócio jurídico bilateral. 4. Conceito de ser. 5. Bilateralidade e forma.6.Direito e objeto do direito

§ 3.685.O *que é, analiticamente, o título ao portador.* 1. Premissas.2.Transmissão da posse do título ao portador.

3. Incerteza do sujeito ativo, fato psíquico. 4. Cláusula ao portador e circulação do titulo. 5. Direito do portador.

do título... 148 § 3.686. *A cártula.* 1. Instrumento incorporante. 2. Complexidade do título ao portador

§ 3.687. *A circulação.* 1. Natureza das transmissões. 2. Função do formalismo das cártulas. 3. Se há poder de representação entre os possuidores. 4. Argumentos críticos

CAPITULO III

EXAME DAS TEORIAS SEGUNDO OS FATOS PRINCIPAIS DA VIDA DO TITULO AO PORTADOR

§ 3.688. *Subscrição como fato capital.* 1. Perfeição do título ao portador. 2. Contribuição das teorias unilateralisticas. 3. Males das teorias contratualísticas. 4. Referência à aparência jurídica . 5. Possibilidade de negócio jurídico subjacente ou sobrejacente.

§ 3.689. *Exame da doutrina sobre os momentos posteriores* à *subscrição.* 1.Crítica ao conceito da impessoalidade.

2. Precisões sobre titularidade. 3. O que ficou da teoria da pendência. 4. Teorias unilateralísticas puras. 5.

Resultados obtidos.

§ 3.690. *Momento de irradiação da eficácia.* 1. Posição do problema..Situação do “deve” e do “haver”. 3. O mal do vínculo direto prematuro. 4. Crítica da teoria da formação originária dos direitos de crédito sucessivos. 5.

r

Divida e obrigação. 6. Intervalo entre o contacto com o “alter” e a apresentação. .7. Exame de algumas objeções CAPITULO IV

INICIO E FIM DA VIDA CIRCULATÓRIA DO TITULO AO PORTADOR

§ 3.691. *Lei de circulação dos títulos ao portador.* 1. Conceito de circulação. 2. Efeitos da circulação. 3. Ações de nulidade e anulações e outras ações

5 3.692. *Pretensão do possuidor.* 1. Quando surge a pretensão. 2. Subscritor e apresentante. 3. Instrumentos de a apresentação.

4.Exame da função da apresentação. 5. Apresentação e pagamento. 6. Se há “favor creditoris” no instituto dos títulos ao portador

§ 3.693. *Vantagem da construção.* 1. Preliminares. 2. Conclusões

§ 3.694. *Síntese de teoria.* 1. Ato de subscrição do titulo ao portador e situações posteriores. 2. Promessa e contacto como “alter”

CAPIPULO v

REGRAS LEGAIS SÓBRE OS CRÉDITOS ORIUNDOS DE TíTULOS AO PORTADOR

§ 3.695. *Regras jurídicas do Código Civil.* 1. Vincularidade e abrigatoriedade segundo o Código Civil, art. 1.505.

2. Beneficiário do título ao portador

§ 3.696. *Apresentação do titulo ao portador.* 1. Dados do problema.2.As tentativas de solução. 3. Crítica à teoria da propriedade do titulo. 4. O art. 1 .505 do Código Civil e a teoria da posse do título ao portador. 5. Conteúdo do art. 1.505.

§ 3.697. *As duas relações* e *o direito intertemporal.* 1. Premissas. 2.Espécies

§ 3.698. *Abstração dos títulos ao portador e apresentação.* 1. Preliminares .2. Defesa do subscritor. 3.

impesquísabilidade da origem e na legitimidade da posse. 4. Legitimação a receber.5.Posse, tença e apresentação. 6. Considerações finais.

§ 3.699. *Obrigação do Subscritor ou emissor.* 1. Entrada em circulação contra a vontade do subscritor. 2. Que teoria adota *o* Código Civil, art. 1.506. 3. Fundamento da regra jurídica do Código Civil, art. 1.506. 4. ~Vitória da teoria da criação? 5.Momento da emissão e vontade do subscritor

§ 3.700. *Saída do título após a morte ou superveniente incapacidade do subscritor.* 1. Conteúdo do art. 1 .506 do Código Civil.

2.Morte do subscritor e posterior contacto do titulo ~o portador com *o* "alter"~. 3. Capacidade do subscritor. 4.

Crítica às soluções propostas. 5. A solução, no sistema jurídico brasileiro. 6. Lei n. 177 A, de 15 de novembro de 1893, art. 1.0, §§ ~9, *1.* Efeitos da nulidade da emissão de debêntures

§ 3.701. *Substituição dor títulos emitidos.* 1. Posição do problema.2.Pressuposto da mesma publicidade do aviso

§ 3.702. *Defesa do subscritor contra o possuidor.* 1. Texto e alcance do art. 1.507 do Código Civil. 2. Elaboração do art. 1.507 do Código Civil. 3. ~A quem se paga e quem é credor? 4.Conteúdo do art. 1.507 do Código Civil. 5.

O pagamento do titulo. 6. Violência e dolo. 7. Herdeiros e sucessores. 8. Falência, títulos ao portador e defesa. 9.

Apresentação do títulos *ao* ,portador, que s~ haviam perdido ou estavam desapropriados.

CAPITULO VI

SOBRE APRESENTAÇÃO DOS TITULOS AO PORTADOR

3.703. *Vencimento, apresentação e pretensão.* 1. Títulos ao portador *e* vencimento. 2. Prescrição e preclusão 29:3

3.704. *Principio da insponibilidade de objeções e exceções aos* possuidores *de boa fé.* 1. Considerações prévias.

r

2. Discriminação das objeções e exceções. 3. Abstração e causa; objeções e exceções subjetivas. 4. Fundamento e razão da inoponibilidade. 5. Princípio especial da inoponibilidade

§ 3. 705. *Teorias da inoponibilidade das objeções e exceções.* 1. Enumeração das teorias. 2. Circulação e inoponibilidade das objeções e exceções. 3. Teoria da cessão. 4. Teoria da delegação. 5. Considerações sobre a delegação. 6. Seguidores da teoria da delegação

§ 3.714. § 3.715.

§ 3.706. *Teoria da estipulação a favor de outrem.* 1. Conteúdo da teoria. 2. Parecenças entre os dois institutos. 3.

Considerações criticas

§ 3.707. *Teoria unilateralistica pura.* 1. Conceito. Novidade da atitude. 3. Aparição da sistemática unilateralística extrema.4.Elementos de critica. 5. Exame das críticas feitas pelos juristas 3.708. *A teoria científica.* 1. Construção dos títulos negociáveis. 2.Problema da inoponibilidade das exceções. *a.*

Saques e exceções. 4. Defesas sempre oponíveis. 5. Boa fé e inoponibilidade das objeções e exceções

3.709. *Falsidade.* 1. Defesa contra a falsidade. 2. O requisito da assinatura. 3. Pluralidade de assinaturas. 4.

Falsidade de dizeres do título ao portador. 5. Conhecimento do falso e responsabilidade

§ 3.710. *Incapacidade.* 1. Incapacidade e suas espécies 2. Capacidade

de direito. 3. Incapacidade de exercício

3.711. *Subscritor anal/abeto.* 1. Exigências legais. 2. Análise das espécies

§ 3.7l2. *Falta de mandato ou representação e falta de poderes* . 1. Conceitos e precisos. 2. Literalidade e caracteres informativos.

§ 3.713. *Nulidade do titulo.* 1. Regras jurídicas sobre nulidade dos títulos ao portador. 2. Titulo ao portador completado. 3. O caso da nota promissória. 4. Nulidades perceptíveis .

$ 3.714 P *rescrição e prazo preclusivo.* 1. Precisões. 2. Circulação posterior *$ 3.3715 Defesas e exceções oriundas do direito intertemporal e do direito internacional privado.* 1. Mudança de lei entre a subscrição e a apresentação. 2. Lei vedativa após lei permissiva. 3. Lei permissiva após lei vedatíva. 4.

Direito interespacial.

§ 3. 716. *Objeções e exceções oponíveis a quem foi* o *primeiro e,,, contacto com o título ou posterior portador de má fé.* 1. Portador de má fé. 2. Furto ou roubo ou crime semelhante.3.Achada

§ 3.717. *Outras objeções e exceções com o primeiro "alter" em contacto, não-tomador.* 1. Segundo ou posterior possuidor. 2.Erro 3. Dolo. 4. Coação

§ 3.718. *Reserva mental e não-seriedade do ato.* 1. Literalidade e expressão. 2. Reserva mental. 3. Não-seriedade do rito... 394§ 3.719. *Mudança das circunstâncias e cláusula "rebus eia stantibus".* 1.£rro e circunstâncias. 2.

Mudança das circunstâncias e circunstâncias novas

§ 3.720. *Simulação.* 1. Dolo e infração de lei, simulação e infração de lei. 2. Espécies de simulação

§ 3.721. *Resolução de negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobre jacente e causa.* 1. Posição dos problemas. 2. Exceções tiradas da causa. 3. Carência de causa

§ 3.722. *Defesas e exceções oponíveis ao portador, mas estranhas ao título.* 1. Posição do problema. 2. Solução da dívida. 3. Compensação. 4. Confusão

§ 3.723. *4Que é que se entende por portador de boa fé?* 1. Inoponibilidade de objeções e de exceções ao portador de boa fé. 2.Conceito de boa fé, no art. 1.507 do Código Civil. 3. Boa fé e "alter" digno

§ 3.724. *Limitação ao emprego da cláusula ao portador.* 1. Código Civil, art. 1.511. 2. Elaboração do art. 1.511

do Código Civil

CAPITULO VII

PERMISSÃO E VEDAÇÃO DOS TITULOS AO PORTADOR

1 3.725. *Aparição do títulos ao portador* ao *direito luso-brasileiro.* 1.Ante, do século XV. 2. Depois do século XV

□3.726. *Regra. Jurídica de portador o e de vedação* . 1. Espécies. 2.Fundamento das proibições

□ 3.727. *Titulos que o Código Civil, art. 1411 proibe.* 1. Generalidades. 2. Apólices das entidades estaduais, inclusive do Distrito Federal, municipais e territoriais. 3. Letras do Tesouro local. 4. Selos e estampilhas *r*

□ 3.728. *ProbLemas que* o *art. 1411 do Código Civil suscita.* 1. Antecedentes da regra jurídica geral. 2. Código Civil, art. 1.511. 3.Emissão bancárias de moeda

□ 3.729. *Bilhetes de Loteria e outros bilhete. de jogo* . 1. Dados conceptual.. 2. Objeto e loteria. 3. Permissão legal de loterias. 4.Jogos de azar, fora das loterias

3.730. *A Lei* a. *177-A, de 15 de setembro de 1888, art. 3□ 0,* □ as *legislações especiais.* 1. A Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1898, e o Código Civil. 2. Cheques. 3. Vale, postais e cheques postais. 4. Debendures PRELIMINARES

3.654. Preliminares

1.PRECISÕES SOBRE A TÉCNICA LEGISLATIVA. Mais ainda que os Capítulos, de que se compõe, o Titulo VI do Código Civil "Das obrigações por declaração unilateral da vontade" contém em si, no só enunciado do dístico, um dos mais difíceis *e,* quiçá, dos mais profundos assuntos, que *já* se controverteram na ciência da direito.

É daqueles que mais produzem indecisões filosóficas e grande parte dos problemas contemporâneos do direito, em seus dois ramos, público e privada. dependem soluções, que toda uma literatura, intensa e ampla, procura, constantemente, alcançar, e às vezes debalde. Por ele enliçaram-se as modernas escolas filosóficas do direito, em variantes, que partem do subjetivismo mais intolerante ao mais irritante e faLso objetivismo. E para ele tendem, naturalmente, e, par vezes, no auge dos revides, as mais sérias e mais decisivas interpretações doutrinArias e jurisprudenciais dos fatos jurídicos.

Não sabemos de outra ma em que mais se excedes-Bem, em zelo e intransigência, os juristas ortodoxos, e em que mais ousassem, no terreno das explorações pretendidamente a *posteriori,* os sociólogos que ainda trataram das obrigações .

Vezata quaestio do direito civil, a *obrigação por declaração unilateral fez-se* lá fora, no direito público geral, o mais melindroso dos problemas, *e* desceu depois, com o mesmo desafia de enigma não decifra a contento de todos, ao direito processual e ao criminal. Onde quer que haja um grupo de fatos jurídicos, aí se encontra o problema da declaração unilateral de vontade.

2.Dois INSTITUTOS (TÍTULOS AO PORTADOR E PROMESSA DE RECOMPENSA). Dois são os assuntos, que o Código Civil inseriu no titulo referido: *títulos ao portador, a* matéria, em que, tratada cientificamente, mais se aglomeram as dificuldades técnicas de todo o direito das obrigações, de modo que se tem a impressão de cristalizar a cláusula ao portador o que de controverso, de delicado, de mais grave se há no direito; e a *promessa de recompensa,* instituto nôvo nos códigos, que teve na lei civil a segunda das suas duas inserções legislativas especiais (Código Civil alemão, §§ 657-661; Código Civil brasileiro, arts. 1.512-1.517). O art. *8.0* do Código suíço das Obrigações é relativo a concurso e promessa ao público; e um só artigo. Tivemos ensejo de ver que fio são essas as únicas espécies de declaração unilateral vinculativa; mas guardemo-nos de mostrá-lo, com mais minúcias, agora. Outras considerações reclamam prévio lugar; e entre elas a que se reparta à colocação e à significação técnica dos capítulos contidos no Titulo VI, a que havemos de nos referir.

Poderia a lei civil não tratar dos títulos ao portador, ou deles tratar incidentemente, como o fizeram os códigos de quase todas as nações; dedicar-lhes seção ou capítulo; regrá-los conjuntamente com os demais títulos de crédito, ou considerá-los, de si sós, institutos jurídicos distintos e não suscetíveis de acomodações à doutrina geral das papéis hereditórios, ou desprezar a espécie ao *partóilor* e baixar a tratações por menor, conforme a conteúdo do titulo de crédito (apólices de dívida pública, cambial, cheque, faturas, cautelas de penhor, passagens de bonde, ingressos de teatro). LEvIN GOLDSCHMTDT (Pie Kreationstheorte und der Entwurf eines BGB., *Zeitschrift far das gesaimmte Handelsrecht,* 36, 146), por exemplo, reprovou ao Código Civil alemão o ter versado em particular os títulos ao portador, em vez de os regular em comum com os títulos nominativos e os títulos à ordem, feitas as necessárias diferenciações individuantes

8.A COLOCAÇÃO DO CAPITULO 1 DO TITULO VI E A NATUREZA DOS TÍTULOS AO PORTADOR.

Os títulos ao portador não devem ser tidos como *gênero ,* e sim como *espécie de títulos de credito* . Todavia, para que deles se tratasse como espécie, fôra mister deixar em aberto algumas questões , que não ficariam bem ao Código Civil, qual a da natureza do sujeito ativo da obrigação, e outras, que atravancariam a exposição, num golfar de distinções sutis e mais próprias da teoria do que do corpo das leis.

r

O Código Civil brasileiro, mais filosoficamente do que o quisera, para o Código Civil alemão , LEVIN

GOLPSCHMTDT, sem a preconcebida idéia de impor ao intérprete nova teoria, inflexível, rígida, da vincularidade das declarações unilaterais de vontade, preferiu atender à natureza formal da declaração, em seu surto, em seu invadir a mundo jurídico, e juntou, no mesmo Título VI do Livro III, *titulas ao portador* e promessa *de recompensa,* porém pôs cada um desses dois assuntos em capitulo especial.

Algumas situações típicas de outros institutos, embora referentes aos titulas ao portador, tiveram acolhida em lugares mais próprios, com o que, aliás, ganhou em expressividade, em caracterização, o sistema geral da lei. As perdas, furtos ou roubos de títulos ao portador, por isso que constituem casos possessórios, ficaram regulados no Livro II,

quando o legislador estatuiu sobre o instituto da. posse. No capitulo relativo ao *penhor,* deixou regras jurídicas aplicáveis aos títulos ao portador, embora nessas isso se não declare. No Livro III, em matéria de *contrato de sociedade,* estabeleceu (art. 1.364) que as sociedades civis, se revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, entre as quais se inclui a das sociedades anônimas, obedeceria aos respectivos princípios, no em que não contrariem os da lei civil, de modo que remete a outras leis situações criadas pelas ações clausuladas ao portador. E assim por diante.

Não nos incumbe desenvolver esses pontos, que já foram tratados, ou o vão ser. Teremos, contudo, de referir-nos, incidentemente e, às vezes, muito à flor, aos textos legais respectivos e comentá-los de algum modo, a fim de melhor traçarmos e esclarecermos o sistema teórico e legal do instituto.

4.O TITULO VI NOS TRABALHOS ELABORATIVOS. *É* quase nenhuma a história pré-legal dos dizeres que encabeçam o Titulo VI. No Projeto primitivo, lia-se, antes do art. 1.624: “Das obrigações derivadas de uma declaração unilateral da vontade”. A Comissão revisora suprimiu-lhe o adjetivo numeral, evidentemente supérfluo. Rui BARROSA, no Senado, deu-lhe a redação definitiva. O dístico, sem história, porque indiscutido, não traz em si mesmo revelações; são-nos mais importantes a disposição dos capítulos, o juntarem-se títulos ao portador e promessa de recompensa, algumas regras denunciadoras de convicções doutrinárias e a separação criada entre os *contratos* e as *obrigações por declaração unilateral.*

Veremos que a distinção teve apenas fins de método, de classificação, conforme critérios externos; não se aprofundou, para a fazer, o estudo do fenômeno jurídico da unilateralidade das manifestações de vontade.

Tanto é certo o que dizemos e tão claro está da disposição das matérias, que a obrigação oriunda da oferta na formação dos contratos, quando intervém a circunstância do prazo, foi incluída noutro lugar do Código Civil. A confissão disso. fé-la CLóvís BEVILÁQUA *(Código Civil Brasileiro, Trabalhos relativos à sua. elaboração,* 1, 88), em suas observações ao projeto. Há, porém, entre os títulos ao portador e a promessa de recompensa traços tão semelhantes e por vezes comuns, que mis inspiram o acatamento, e não o exprobrar a discriminação seguida pela lei civil. Fique assente, pois, como esclarecimento prévio: não se nega, com a inclusão dos dois casos típicos, a existência das outras espécies de unilateralidade

volitiva; a lei atendeu às espécies mais aparentes: não baixou à espécie profunda das obrigações derivadas do ato de um só. As promessas unilaterais de contratar, as estipulações em favor de terceiro, a fundação e outras matérias escaparam ao Título VI.

Só o Código Civil alemão, §§ 799-808, o Código suíço das Obrigações, arts. 846-858, e o Código Comercial espanhol, arts. 544-566, tinham versado os títulos ao portador. Depois, o turco, cópia do suíço.

§ 3.655. Problema da unilateralidade

1.PosiçÃo DO PROBLEMA DOGMÁTICO. Breve estudo da *vontade unilateral* foi de mister ao bom entendimento de nossas pesquisas ulteriores. A principio, a composição do vínculo jurídico , depois o conhecimento direto dos dois institutos, tal o que nos levou à crítica e simultaneamente à concepção do fato que nos foi dado examinar. Quando tratarmos das obrigações derivadas de atos ilícitos, já a análise dos dois casos anteriores terá desenrolado a nossos olhos o verdadeiro *mecanismo* da obrigação de *fonte* unilateral. O que verificamos nos títulos ao portador muito se clareou com o que dissemos a respeito da promessa de recompensa.

O titulo de crédito ao portador é promessa ao público.

2.PÚBLICO E DIREÇÃO DAS DECLARAÇÕES DE vONTADE. Verdade é que a admissibilidade e eventualmente a eficácia da declaração de vontade, dirigida~ a pessoa incerta e confundida no conceito complexo de *público,* constitui indagação genérica que merece ser estudada independentemente das diferenciações e particularidades dos casos singulares (cf. FERUCIO BOLCEINI, La Promessa ai pubblico, *Rivista dei Diritto commerciale,* 1908, 1, 39), mas também certo é que o método não prescindiria da análise de tais casos, sob pena de nada conter de científico e exato, nem se casaria à feição da presente obra.

r

Realmente: quer se trate de *oferta* relativa a qualquer espécie de contrato, implique ou não elemento remuneratório, quer a oferta se dirija a pessoa indeterminada do público, quer a muitas, ou, ainda, quer se tenha em vista o preço afixado em objetos ou marcado em catálogos, reclamos, ou anúncios, quer se trate de *promessa ao público,*

ou de emissão de título ao portador, bem que os efeitos jurídicos sejam diversos, irredutíveis entre si, o *problema concernente* a *admissibilidade e* a *eficácia da oferta ou promessa como negócio jurídico é comum a todos.* Daí se conclui que, ao analisar os fatos, deve o investigador compará-los entre si, joeirar-lhes o idêntico e o distintivo; e não esboçar à estudo do fenômeno em sua essência, antes de percuciente exame *por menor.*

A questão dos negócios *cum incerta persona,* a vincularidade dos atos chamados unilaterais, é o mais relevante de todos os assuntos acima mencionados. -

§ 3.656. Conceito da incerteza sobre o sujeito

1.DETERMINAÇÃO E DETERMINABILIDADE. Quanto ao conceito de *incerteza,* duas notações fazem-se mister: a incerteza pode concernir à identidade da pessoa, ou referir-se a acontecimento, que a afaste. A incerteza inqualificada, *e. g.,* "lega a um homem", "será punida com três anos a mulher", não opera no direito: nem o conceito do infinito pertence ao direito, nem se admitiria sociedade sem limites, O que a lei protege, ou que pune, é o individuado, o relativo, nunca o absoluto.

Seria inexistente, juridicamente, a promessa ao público, em que se declarasse: dá-se um milhão de cruzeiros, O

número ilimitado de titulares vale o absoluto incerto, e a sociedade, uno no múltiplo,- provê ao que a constitui, não ao que está fora das suas raias essenciais. Não assim, se o anúnção promete um milhão de cruzeiros a quem primeiro se apresentar, na redação do jornal, ou em qualquer outro sitio. Em verdade, não há, ai, pessoa incerta, em sentido absoluto, e sim pessoa ainda não determinada, mas *determinável.*

A promessa ao público, como o título ao portador, não se endereça a "qualquer" pessoa. Existe em todos Osses casos *modo tipico de determinação* . Não se trata de negócio que se terá de fazer com pessoa incerta, ou desde já se faz:

o que se vê é o ato de alguém, que perdura em imediato contacto com a lei, até que fato material ou pessoal *(e. g.,* crime, ato ilícito,

desabamento, apresentação do título, alegação prova de serviço) *determine o sujeito da relação jurídica prevista.* No momento em que a lei estabelece penas ao infrator, ou em que o promitente publica o seu querer, há, certamente, ato unilateral, mas tal unilateralidade pode ser apenas acidental, aparente, e não *essencial* ao fato jurídico.

2.DUAS TEORIAS "DO LADO DO SUJEITO PASSIVO", UMA INTERESSADA E OUTRA DESINTERESSADA PSICOLÔGICAMENTE. Há escritores que só admitem os negócios que vão a pessoa certa e não os em que se dirige a vontade a pessoa incerta. A aparência não-extrínseca do sujeito leva aos descaminhos mais tortuosos: ora à afirmação de que a vontade do promitente vai *in incertam personam* (cf. R. STAMMLER, Vertrag und Vertragsfreiheit, *Handwõrterbuch der Staatswissen schaften,* VII, 475), ora *à* de que ela mesma se basta, pois, se é certo que não posso, por minha vontade só, modificar a situação de outrem, não é menos certo que se me permite, corno um dos inúmeros corelários da liberdade individual, obrigar-me, a mim mesmo, por ato exclusivamente *meu.*

Vê-se, portanto, que os partidários da primeira teoria se puseram *do lado do devedor,* sujeito passivo da obrigação e, sem maior exame, na ignorância desse sujeito, de quem fosse o pólo ativo da relação jurídica, incerteza *de fato,* e, sem mostrarem o outro pólo da relação jurídica, proclamaram

O *contrato com pessoa incerta.*

A outra, embora, desinteressada do fato da consciência (desinteresse psicológico, que a caracteriza), tirasse de seus dados a ignorância por parte do declarante, não deslocou o ponto de observação: ficou também *do lado do sujeito passivo* e, alto e bom som, prescindiu de maiores indagações. Dai a sua frase: a obrigação nasceu, *tão-só,* da declaração unilateral de vontade, de auto-imposição de deveres. RuTria por terra, em tal teoria, o *ius et obligatio sunt corre lata.* A declaração de uma vontade só, insuladamente, cria, de si mesma, a vinculação.

Chegou-se a dizer que o direito vem depois: em vez de coexistirem, a obrigação *antecede* ao direito e pode mediar entre eles lapso maior ou menor.

Não posso, seguramente, insiste a teoria, modificar a situação de outrem por minha só vontade: seria ferir direitos *r*

de outrem. Mas devo poder, por minha exclusiva vontade, alterar a

minha situação. A minha declaração, de si só, me obriga. Eis, pois, o inicio da *obligatio.* Sem dúvida, aquele perante quem pretendo obrigar-me só não se tornará meu credor se o não quiser; nada lhe posso impor, mesmo direito; aceitação dele será sempre necessária ao nascimento do crédito em seu favor. Mas, quanto à minha dívida, *ela se formou,* definitivamente, e apenas pela declaração que de meu livre alvedrio fiz. A aceitação do beneficiário, indispensável para que nasça o direito de crédito, não é necessária para a formação da obrigação. Já tivemos ensejo, no Tomo XXXI, de exprobrar, firmemente, tais frases.

3.PRIMEIRAS OBSERVAÇÕES CRITICAS. As expressões e as frases, insuladas, são verdadeiras, na maior parte:falso é o conceito, a teoria, a essência. O advento de obrigação com pólo único; o direito posterior de um dia, de vinte, de um mês, ou anos, à obrigação, que lhe serviria de fundamento (!) de um lado, a declaração unilateral de vontade, que obriga, e de outro, a aceitação, que faz surgir um *ius:* tudo isso não contém mais do que observações parciais, mero exame *superficial* da realidade jurídica, ainda sob a exposição clara de RENÉ

WORMS *(De la Volontá unilaténle,* 7: “Sans doute celui envers qul je prétend m‟obliger ne deviendra mon créancier que s‟il le veut bien; je ne puis en effet rien lui imposer, même un droit; et son acception sera toujours nécessaire pour faire nattre la crêance à son profit”. ~ Onde o unilateralismo da relação jurídica oriunda da manifestação da vontade?

Tanto a teoria da *incerta ~persona,* como a da declaração unilateral obrigativa, partem de mau processo de análise, cientificamente, inadmissível, pura indagação ontológica, *a parte subiecti.*

A ordem jurídica compõe-se de relações, a que o direito positivo dá as normas externas: os sêres, *em si,* não lhe interessam. Se a declaração do sujeito o obrigou *antes* da “aceitação” da pessoa a quem se destinou, e isso assim nos contratos entre ausentes como em promessas ao público e em títulos ao portador, é que o *sujeito ativo,* no período intercalar, não pode ser o promissário, o portador, a *incerta persona. Porém não se há de concluir que não haja nenhum.* O que se vê, pela análise da relação, é que a promessa pública ou a declaração cartular se faz a pessoa determinável por certas circunstâncias: não há, então, *oferta,* no sentido exato; mas a declaração de *querer* obrigar-se a alguém que se apresente com determinados pressupostos (com o objeto achado ou o serviço, na promessa de recompensa; com o papel, nos títulos ao portador>. A declaração não se dirige, pois, a pessoa incerta; por uma razão simples: porque não contém em si declaração

de contratar, mas de *querer* vincular-se.

Para, por si só, vincular a quem a emite, a declaração pressupõe a ordem jurídica, a lei, algo que regula a vincularidade; e essa fôrça, esse constrangimento legal, não pode ser excluído na recomposição teórica do fato analisado, quer se trate de oferta ao público, ou de promessa ao público, como a de recompensa, quer se refira a título. ao portador, ou a qualquer outro fato jurídico semelhante.

A lei tem duas funções distintas, notáveis a quem quer que atenda à efetuação sociológica do direito e a que ele, como tôda a ordem social, se compõe de relações a que prove:

a)Reconhecer e sancionar o resultado dos atos humanos, que produzam relações de ordem jurídica.

b)Criar e impor obrigações. Acodem-nos exemplos, sobre incontestes, frisantes: impostos, ônus público, papéis inominados.

No primeiro caso, a lei é exclusivamente regra normativa; no segundo, também. Daí irradiar a relação jurídica. Os partidários da vontade unilateral como fonte, de per si, das obrigações a que nos referimos, vêem em certos fatos jurídicos o produto de ato humano com a só intervenção daquela primeira função legal, o *placitum.* Afastam assim, nas espécies, a fôrça criativa, genética, da lei, como expressão do todo social. Esquecem-se dos fatos vulgares dos impostos, da pena criminal e de outros mais, dos atos ilícitos, dos atos-

-fatos ilícitos e dos fatos *stricto sensu* ilícitos.

4. DUAS FUNÇÕES DISTINTAS DA LEI. As considerações que aqui ficam não pretendem persuadir ou despersuadir os que lêem; dos próprios fatos, que havemos de anatomizar no correr &s capítulos, virá a luz. A análise leva à convicção do que aí foi esboçado, e então haveremos de compor as sínteses. Durante as investigações, miudearemos o estudo e mostraremos em quanto se descura do versar científico do direito. Sirva, porém, de guiar-nos breve notícia da função legal, expressiva, da atribuição de eficácia, o que vale dizer da sua missão construtiva e providente.

A afirmação da unicidade funcional da lei, reduzida a fôrça reguladora de vontades e fatos já acontecidos, e a outra, de que muitas vezes é a vontade coletiva que se expressa, são dois Velhos temas, a que as modernas indagações européias da natureza jurídica e da relação de direito trouxeram muito de luz e dados científicos, que esteiam de

argumentos melhores as pesquisas e concepções filosóficas do direito.

A atividade vinculante do Estado foi objeto de conscienciosos estudos de A. SCHÁFFLE, más o brilho nôvo, que *r*

a essas especulações trouxe KARL BINDING, nenhuns pensadores e cientistas até então haviam alcançado; Tem-se, nele, condensado, o que nos diversos ramos da ciência jurídica e nos escaninhos das próprias escolas divergentes, sociológica, psicológica, neo-kantiana, ou neo-hegeliana, etnológica ou economista, se há conseguido de estável, de permanente, de proveitoso. A lei penal, considerou-a KARL BINDING *(Die Nor>nen und ihre Vbertretung,* 2.a ed., 1, 19 s.) reguladora das relações entre o Estado e o ofensor: a sociedade, pelo Estado, prefixa princípios gerais, estabelece-lhes os pressupostos de aplicação, a natureza e as conseqflências da violação, e assim atua em virtude do seu direito fundamental de exigir, aos individuos de per si, que são *alter* diante da própria *totalidade,* a observância de regras juridicas especiais, necessárias à consecução de um fim que lhe é intrínseco. O legislar, portanto, é consequência de direito: e da transgressão da lei resulta o direito de punir.

Nesse momento faz-se perfeitamente visível o dualismo das atividades; a do Estado, que é a lei mesma, e a do indivíduo, que é a do delinquente. Assim, também, no direito privado; dai aquela frase de KARL BINDINO *(Die Norinen und ihre Vbertretung,* 1, 485 s., II, 54), que merece atento exame como inestimável verdade científica: a relação entre a norma (jurídica) e os atos lembra condição. *Condicio iuris,* entenda-se.

Nota-se a condicionalidade, não só nas leis - penais; como nas regras jurídicas relativas à obrigação *ex delicto* e às demais que se originam de fato material, ou de ato humano, como a promessa ao público e o titulo ao portador.

Aos examinadores superficiais a supremacia do Estado traz-lhes cegueira e não concebem esse vínculo entre o súdito e o Estado; esquece-lhes que essa supremacia histôricamente se enubla (o que lhe mostra o caráter de acidente) e surgem as medidas igualizantes, que obrigam e punem, de algum modo, o próprio Estado (habeas-corpus, mandado de segurança, indenizações, etc.). A lei não impõe somente ; protege. A função ditatorial da regra jurídica sói ser insignificante se lhe comparamos a função protetora ou repressiva, qualidade, quiçá, específica, da providência social (ADOLF MERKEL, Uber Binding"s Handbuch des Strafrechts, *Zeitschrift fui- die gesamte Strafrechtswissenacha! t,* VI, 512 s.). Sociedade e Estado coexistem, na

ordem política, como *idéia* um, e *realização,* o outro; na ordem histórica: um é fôrça, o outro é instrumento.

(Aliás, a condicionalidade a que se alude, é assaz *geral,* vê-se em muitos pontos do direito, as chamadas *condiciones iuris* são exemplo. O fato tem grande importância, no terreno prático. É que às vezes os intérpretes e juizes principalmente para decidir questões de direito intertemporal confundem *condições,* determinações voluntárias, inclusive disponentes, com os traços de condicionalidade que vão encontrando. Exemplo desse caso, *R. de D.,* 78, 157, em acórdão das Câmaras Reunidas da Côrte de Apelação. Sustentáramos que se tratava de êrro do julgado: havia confundido *condicio iuris* e condição, e aplicado a respeito àquela regra que só concerne a essa.

As condições tácitas *quo.e actui insunt* não suspendem a existência do efeito. É o que ocorre nas substituições fideicomissárias. A Câmara de Agravos, no Acórdão de 4 de julho de 1980, confirmou a sentença que déramos.) A lei constitui fato social complexo: a diferenciação dela escapa aos meios frequentes de indagação, nos mais essenciais de seus critérios de distinção formal, e só esforços constantes e pertinazes na análise das relações jurídicas podem mostrar-nos, nas entranhas mesmas das aplicações exteriores, o seu caráter dúplice: normativo e fecundante.

A lei expressa a vontade da comunidade, no que ela é atributiva de eficácia (A . ThoN, *Rechtsnorm und sub jektives Recht,* 69) ; mas essa manifestação volitiva pode ser: *a)* normativa, se apenas vai dispor sobre como se obrigam e desobrigam, entre si, os indivíduos; *b)* vinculativa, se emite a regra de direito, faz depender da obrigatoriedade efetiva a aplicação e grava a situação jurídica, que ela mesma cria, de simples condição: *condicio tur-ts.*

O moderno hegelianismo, JOSEF ROHLER à frente, não cedeu passo a quem recuse a concepção do direito como fenômeno cultural. Porém a verdade, embora única, é prismática: a cultura faz-se na evolução material e espiritual da lei; não desce aos fatos íntimos, interpaíquicos, da vinculação das partes, senão no que isso deriva daquela mesma transformação cultural da regra jurídica. Há mais de meio século o problema seduziu alguns espíritos e ousou MAX ERNST MAYER (Rechts normen u. Kulturnormen, *Strafrechtliche Abhandlungen,* de E. BELINO, cad. 50), combinação, que FRITZ BEROLZHEIMER reputou feliz, das idéias de JOSEF KOHLn e de KARL

BíNmNc: a lei confere direitos e impõe obrigações; a variação da norma, acrisolando-lhe o ideal, ou restringindo-o, estrese-se na maior

ou menor esfera de casos em que a sociedade (ou Estado) se obriga e vincula alguém a si. A própria linha de progresso espiritual que o positivismo traçou à humanidade não se contradiz nas concepções acima formuladas: o Estado *obrigado* aos individuos é relevantíssima conquista social, que já tivemos ensejo de estudar em outro livro; o ciclo em que se substituem deveres a direitos é a ilusão *individual* resultante do alargamento crescente da interferência do Estado, como sujeito ativo, nas *relações de direito* que interessam à comunidade.

Deve-se aos discípulos de 1. XANT uma pouca de idéias que elucidaram o problema e varreram a irredutibilidade filosófica, acaso existente. HERMANN Conmj *(Ethik des reinen Willens,* 7, 21, 281 e 241) apontou a concepção *r*

da humanidade, como solução a vários enigmas da ciência social: apresentou-nos o homem (ato-juridico) como ser moral, não no sentido psicológico, nem como ente contido em si mesmo, porém como partícula de *imortalidade social,* de modo que surgiu o Estado, como expressão autoconsciente, feito unidade de uma universalidade, a fôrça ou o conceito que *une* todos numa só expressão autônoma e consciente de vontade.

5.O DIREITO, O NÃO -DIREITO, AS PREFORMAS. A análise, -a que procedemos, dos fatos concernentes à função social e jurídica da vontade, levou à evidência que *a vincularidade e a obrigatoriedade da promessa unilateral milo derrocanz os fundamentos sistemáticos do direito.* Nem mesmo constitui caso excepcional, irregular. Pode um ato produzir certos efeitos sem que entre o agente e. o destinatário distanciado (incerto) surja, desde logo, a relação~ jurídica. Enquanto não surte efeito definitivo, por mercê de ~outro elemento, a relação jurídica de obrigação não se compõe, não se apresenta, não é. Os efeitos antetenores não são indiferentes ao direito, porque entre o *direito* e o *não-direito* não há antítese pura e irredutível: entre um e outro há diversas situações um tanto jurídicas; que vão de um mínimo a um máximo. À vincularidade corresponde o direito, e não a pretensão.

Tais situações podem anteceder ou nascer com os direitos, e em si mesmas serem direitos. O feto não é ainda pessoa, ainda não tem aquilo a que se chamou *direito de personalidade,* e já a lei protege a *spes hominis.* A ordem jurídica, que assim ampara a *spes personae,* intervém, por certo, na proteção das *pre formas* de relação jurídica, das situações, de que podem surgir, eventualmente, relações jurídicas de pretensão e obrigação. O embrião ainda não é, socialmente, homem,

ou membro da comunidade, e já a lei penal pune os que lhe impedem ou roubam a vida. A profilaxia social faz-se pelas leis, como se opera, nos sêres, a prevenção orgânica, fisiológica ou instintiva, consciente ou não .

A proteção das preformas jurídicas pode não ser de bom agrado aos escolásticos do direito; vias é fato vulgar da vida jurídica em quaisquer de suas fases, e só o estudo dos fatos importa ao pesquisador. A posse *ad usucapionem* tem por si a tutela jurídica, pela ação Publiciana, que, se tem por efeito processual a defesa do melhor direito *(Schutz des relativ besseren Rechts),* como queriam alguns, na realidade, porém, a sua essência está na proteção da posse, *pref arma do domínio,* que é, na espécie, a situação de direito relativamente melhor. *Melhor,* note-se, *para usucopir.* Por isso que os juristas não atenderam ainda, como deveriam, à advertência de JOSEF ROHLER

(Lehrbuch, 1, 152), que dizia não serem direito e não-direito termos sempre antitéticos, nem jazerem entre eles barreiras intransponíveis, mas situações intermédias, como as há entre o inorgânico e o orgânico, entre a própria memória do barro, que se comprime e adelgaça, e a memória humana; porque não advertiram em tais verdades, desde GAIO (IV, § 86:“ttem usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur”), até os modernos pandectistas, todos expliêam por simples *ficção* de já estar usucapida a coisa, um *como se* já existisse o domínio.

A expressão *pré-forma* jurídica, que propomos, parece-nos melhor que *pré-efeitos,* ou efeitos preliminares.

Vorwirkungen, denominação que se deVe a II. FírríNa *(tYber den Regtiff der Riickziehung,* 21 s.). Por duas razões:

a) Em pré-forma há o exame e noção do fato, da situação pré-jurídica, da relação anterior à integração do fenômeno de direito, ao passo que, em pré-efeitos, ou efeitos preliminares, prévios , se atende a conseqüências , a resultados, a produtos de situações, que não foram nomeadas, nem tão-pouco pesquisadas, e que constituem, precisa~e objetivamente, as pré-formas.

b)Com a preposição, pré-antes, pensou II. realmente, em efeito antecipado da relação jurídica *in potentia,* ou *in fieri,* e assim a terminologia, como a concepção, são evidentemente absurdas: admitir efeito anterior à causa orça pelo inconcebível; seria fazer tábua rasa de tôda a lógica humana, que é, necessàriamente, dentro do Tempo.

E.REGELSEERGER *(Pandekten,* 1, 438) não falou de preforma, mas observou a realidade, e viu, não já p efeito ante-causa de H. FITTING, e sim pura situação jurídica, *Rechtslage,* que existe Independentemente da futura relação jurídica ou situação jurídica *principal.* Todavia, a concepção de estado acessório, anterior, deforma a realidade viva, falseia a noção; porque, na verdade, a situação provisória está para a futura situação jurídica, não com o caráter de independência ou acessoriedade, que lhe emprestam, mas e precisamente como o germe para o animal, que dele há de sair, como a semente para a árvore, como o embrião para o homem, como as primeiras organizações fixas do mundo antigo para o tecido complexo do Estado moderno. Uma pré-forma, em suma.

A *situação jurídica* produtora de tais efeitos preliminares pode ser mesmo e sê-lo-á as mais das vezes situação perfeita em tôda a sua composição essencial, e não, como se dá na usucapião, simples *posição* de valor relativo.

Exemplos: na venda condicional, no título ao portador, na estipulação a favor de terceiro, O contrato (por agora somente podemos urdir considerações sobre o primeiro exemplo, pois que os outros têm de ser miudamente analisados), o vínculo já está ultimado, já é; o conteúdo essencial já existe, e no entanto é pré-forma, pois que os efeitos durante o tempo que transcorre da assinatura à condição derivam dele e não da venda, que pode muito bem *r*

não se operar. Situação pré-jurídica, dizemos nos; e evitamos o adjetivo "subjurídico", que seria depreciante da situação pré-formal, capaz de ser tão perfeitamente jurídica como a posterior.

(Na matéria das sucessões, há *situações jurídicas* assaz interessantes, que exemplificam pré-formas, e os modernos civilistas alemães não cessam de referir-se à *Rechtsposition,* que a situação fronteiriça à do direito completo e acabado.)

Fenômeno que se não deve deslembrar, em toda a indagação dos fatos e situações do mundo jurídico, é a interdependência social, a ordem intima das fôrças sociais, de que surge a lei, simples instrumento daquela harmonia, sem a qual o Direito não poderia existir.

A lei tem função mais ampla do que se supõe: exigir que se determine sempre a pessoa, cujo proveito terá de ser assegurado por ela, importa defini-la como a guardiã dos interesses de *cada um,* e não de todos, quando, se *é* certo que o direito intenta dar a cada um o que é seu *, (suum cuique),* também se não há de negar que tal distinção exige, *ab*

origine, a proteção global, indeterminada, que se aplique, *como principio,* e vale dizer pela interdependência e pela harmonia, antes de fixar o quinhão de justiça a cada um dos membros da sociedade. A proteção é a *finalidade* mesma da lei; a distribuição é o *processo* pelo qual se alcança congregar os fins objetivos de cada um, em proveito de todos.

A lei, a ordem jurídica, pode, portanto, prover a situações que não interessam aqui, diretamente, a uma pessoa, *mas a todos.* Por isso, a ordem legal não intervém somente quando se trata de garantir as consequências de direito formalmente concreto, perfeito, acabado; mas, por igual, sempre que surge algo de jurídico *(wenn etnias rechtliches entsteht),* que *pode* influir na formação do direito em favor de alguém (JOSEF KOHLn, *Lehrbuch,* 1, 152). O mundo do direito está cheio de situações semelhantes, de atos que tendem a resguardar direitos de pessoa incerta ou certa mas ainda não colocada na relação jurídica, e de consequências em favor de todos: a publicação dos editais de revogação do mandato *ad negotia* (MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria ad Ordinationes,* 1, 195:

denuntiari debet revocatio vel edictis, vel per proclama") e bem assim todos os processos em que alguém, que se não conhece, possa ter interesse jurídico, atual ou *iii ficri;* a função do curador de ausentes, quando incerta, ou não, a pessoa interessada; a inserção, em jornais, de avisos de caráter pessoal *(e. g.,* mudança de nome, ou de residência), ou patrimonial (novos preços de mercadoria, mudança de depósito, caixa de correio) ; editais, em caso de hasta pública; constituição de bem de família *(komestead);* concorrência pública.

As notações que fizemos bastam. Nada prefiguramos. As idéias enfeixadas em síntese foram assaz a compor, em prelúdio, a noção sociológica da lei, e sem ela baldados estariam os nossos esforços para encaminhar o pensamento nas sucessivas investidas de análise, a que há de assistir a tranquilidade do método e da lógica moderna.

A fim de entesourar subsídios, matéria-prima das investigações, teremos de historiar, comparar e focalizar, digamos assim, em sua imagem atual, o *instituto do titulo ao portador,* como fizemos com o outro, não menos complexo, da *promessa de recompensa.* Porque se não entremeiem noções falsas, em vez de verdades, colhemos o estrito real, e dos nossos pareceres outro nenhum adotaremos que o mais arrazoado. É melhor do que acertar por acaso o seguir pelos seguros caminhos que ao acêrto conduzem.

CAPITULO II

HISTÓRIA E CONCEITO DOS T!TULOS AO PORTADOR

§ 3.657. Elementos para a conceituação e exposição sobre a natureza 1.PRECISÕES. Até aqui deixamos versados os assuntos sobre os quais se edificaram as teorias: a) Direção a “incerta persona”.

b) Possibilidade de obrigação *antes* de surgir o direito, o que é de repelir-se.

c)Direito e não-direito, pré-formas, situações jurídicas, “posições jurídicas”.

A posição jurídica , de que falamos antes, constitui fato, que, de si só, mereceria longo tratado. Pensemos na dos possuidores sucessivos até o último que apresenta o título, na do herdeiro recusante da herança até o momento em que a recusa, na do substituto até o instante em que o outro, o instituído, falta, e na de todos os outros casos em que a vida parece sorrir das nossas partições lógicas, absolutas, de ser e de não ser. É a gradação do Não-Direito ao Direito, a que se referia J.ROELER.

Na orientação da exposição, a dois critérios temos de obedecer:

r

a) Seria pernicioso expor-se o direito sem se assentar a convicção central sobre o assunto máximo, que é a natureza do título ao portador, realismo jurídico, que sói evitar erros de apreciação meramente opinativa.

b) Não nos é permitido decidir da natureza jurídica e econômica dos títulos ao portador, antes de conhecermos as *nossas* as razões *dos outros.* Mais ainda: as nossas e as alheias razões nada valem ante as que assentam, placidamente, os próprios fatos analisados. Porém, certo, não se nos veda alinhar o essencial do que vemos, sem outro intuito que o de sabermos aonde nos há de levar a pesquisa, a verificação, o método. Depois de senados os fenômenos, é i-los conhecendo desde o seu nascedouro histórico, saber como os explicaram, criticar o processo lógico empregado, e proceder à análise.

2. A NATUREZA E A HISTóRIA. Ao se nos deparar o problema dos

títulos inominados, eis o que vemos: a)Vinculação do subscritor a cumprir o que promete, desde que a outrem passa o título, ainda sem vontade dele (Código Civil, art. 1.506), exceção só oponível ao possuidor de má fé (arg. do art. 1.507 do Código Civil).

b)Lapso de incerteza do beneficiário na relação jurídica. Não dizemos incerteza do sujeito ativo, porque essa é que é, justamente, a *questão magna,* e afirmá-lo seria resolvê-la, preconcebidamente. *Beneficiário da promessa,* tal o que é incerto nas declarações unilaterais de vontade.

c) Inoponibilidade de exceção *ex persona cedentis* a qualquer dos portadores de boa fé.

d)Existência do *quanto* devido, no passivo do subscritor, e do que há de receber, no ativo do portador, mas nenhuma *certeza* do sujeito na relação jurídica entre um e outro.

e)As *defesas* oponíveis são, além das que assentam em nulidade interna ou externa, as derivadas de direito do emissor, ou subscritor, contra o portador apresentante, em virtude de contacto anterior (pessoalidade da relação jurídica).

3.CARACTERIZAÇÃO DE DUAS FASES NA VIDA DOS TÍTULOS AO PORTADOR. Duas fases, portanto: *a)* uma, que se inicia com a posse por outrem e vai até a apresentação, exclusive; lO outra, que começa da apresentação e acaba com o pagamento, ou continua, criada, desde esse momento, a *visibilidade* da relação jurídica, ou aquilo que melhor chamaremos a *relação jurídica obrigacional.*

A natureza das situações pré-formais do direito, frisou-a JOSEF KOHLER, no compará-las aos sucessivos estádios do jogo de xadrez. Para se chegar a um resultado, faz-se mister, no enxadrismo, efetuarem-se, um após outro, vários lanços, que constituem umas como avançadas e paralisações, necessárias à vitória. Cada lanço estabelece estado, ou situação jurídica, *Rechtslage,* que pressupõe as anteriores e se não pode criar à vontade.

Para jogar, ter-se-á de atravessar encadeamento de situações que levam ao triunfo, ou à derrota. Quem não esteja na ambiência de ordem jurídica, criada pelas várias situações de direito, não poderá alcançar resultado: ganhar ou perder a partida. Não se pode criar, só por só, situação. Os jogadores podem misturar as pedras e deixar, para outra vez, o início de novo combate. Não pode qualquer jogador resolver, de si só, o têrmo da partida, ou fazer-se posição sem anterioridades. Fôra injustiça, manifesta de si mesma: *pois que se têm*

de reconhecer ao adversário todas as possibilidades que a presente situação do jôgo lhe oferece.

Assim no mundo jurídico, em se tratando de estádios que vão constituir direito: esse surge do êxito da partida. A atual posição de um jogador pode mudar; de favorável fazer-se desfavorável, ou vice-versa, até que nôvo golpe lhe melhore a situação, ou, com a empiorar a súbitas, ou, aos poucos, a agravar, o leve ao resultado final e dê ganho de causa ao adversário. No curso de um processo, a analogia é perfeita: a petição, a contestação, a audiência, o probatório, a decisão, os recursos. Daí fundamentos às penalidades de custas aos que desertam à lide, de não mais falar aos que excedem os prazos e outras.

§ 3.658. Dados históricos: Egípcios, Babilônios

1.EGÍPCIOS. História do título ao portador não se faria bem sem a Antiguidade. É o de que nos incumbiremos no presente parágrafo e nos seguintes.

Os Egípcios conheciam o ato escrito nos negócios jurídicos; a cessão de créditos era permitida; mas, até hoje, as indagações não induzem a afirmar -se a existência de instituto *idêntico* ao do título ao portador.

Aliás, fora quase impossível: a crisálida nunca é igual ao animal em que se metamorfoseou. No Egito, o mútuo revestia-se, sempre, ao que parece, de forma nominativa. A causa de carecer de títulos fácil e caracteristicamente circuláveis está, como quase todas as razões materiais de inexistência, entre alguns povos, de instituto ou de processo mecânico, industrial ou intelectual (que noutros lugares assume importância às vezes capital,) nas situações físicas de vida, na economia da própria sociedade de outrora.

Povo agrícola, bem que centro de comércio (MAx WEBER, *flandwõrterbuch der Staats-wissenschaften,* 1, verbo *r*

"Agrargeschichte", 59), o Egito podia prescindir de forma jurídica, cujos inconvenientes ainda hoje há quem realce, e que, então, antes do emprego e necessidade dela, constituíram motivos para a ela não se recorrer.

Inconvenientes são exceções à razão de se usar alguma coisa; antes do uso, o que excetua a adotabilidade não importa inconveniente, mas razão prática para não se adotar.

Havia exportação e importação de produtos agrícolas. Quando começa a história, já o Egito é grande civilização (cp. JOXo RínEmo, *História Universal,* 2.& ed., 5).

As missões arqueológicas inglêsas descobriram, na região do Eufrates, tabuinhas de terra-cota e argila ou turfa (J. E. KUNTZE, *Pie Lehre von den Inhaber‟papieren,* 1, 36), com escritos, talvez originários do tesouro da Babilônia, quando nele se depositavam ouro e prata. Um dos guias da missão, GEORGE RAWLINSON, foi de parecer que tais tabuinhas se destinavam a servir de instrumento de troca ou de compra, como se fossem moeda (medida comum de valor), e circulassem ao portador. VoLz (Geschichte des Muschelgeldes, *Zeitschrift fur das gesammte Handelsrecht, X,* 89), admoestou que nada o prova, precipitado fôra o juízo de GEORGE

RAWLINSON, e não poderia admitir-se, sem documentos decisivos, esse desenvolvimento excepcional, que eptão se reconheceria ao Egito, mas que destoaria dos modos de vida, dos meios, dos hábitos e dos processos mesmos de mercar.

Todavia, ao contrário do que fazem os que tiveram de mencionar a opinião de GEORGE RAWLINSON, nem lhe negamos a autoridade em tais assuntos, pois é sabido o que trouxeram à história os serviços arqueológicos do investigador inglês, nem reputamos inadmissível a sua ilação. O uso ou não das tabuinhas, pelos Egípcios, como ficha ou certificado de depósito, mera *questão de fato;* e nada nos autoriza, até o momento presente, a proferir julgamento definitivo sobre a existência, ou não, de escritos inominados, livremente transmissíveis, abstratos, no Egito.

2. BABILONIOS. Mais comercial do que o país do Nilo foi o império dos Assírios, na Babilônia, onde o direito e o crédito tanto se desenvolveram, relativamente ao tempo (LEvIN GCLDSCHMTDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts,* 51 e 30; GEOSGE RAWLINSON, *The Five Great Monarchies of the Áncient Eastern World,* 1, 551 s.).

Antes, os Caldeus já haviam realizado alguns progressos. A base das leis caldaicas era a *economia,* ao passo que o principio das leis egípcias eram os *principias de moralidade* (E. RÉVTLLOUT, *La Créance et le Droit commercial dans I‟antiquité,* 102). Mas, dos dois impérios, o caldeu e o assírio, poucos e quase nenhuns documentos se tinham que permitissem assentar-se conhecimento exato do momento jurídico-comercial. Em 1901, traduziu-se o chamado Código de Hammurabi (19 séculos antes de Cristo), a que nos referiremos mais de espaço.

Não parecem, todavia, destituídas de fundamento as suposições que levantaram E. RÉVILLOUT

(bilhetes à ordem), A. BOISSIER e BERNARDAKIS (cambial), além de GEORCE RAWLINSON e FRANÇOIS LENORMANT (títulos de crédito ao portador), nem todas, aliás, de igual valia.

As idéias de E. RÉVILIÃOUT *(Les Obligations en. droit égyptien, comparé auz autres droits de l"antiquité, 467)* merecem ser especialmente lembradas. A diferença do precário, disse ele, em suas memoráveis conferências do Louvre, o *hudu* é espécie de bilhete à ordem, pagável à vista pelo banqueiro, *pecunia receptitia,* que quase rivaliza com a moeda corrente e que representa, nos pagamentos, em dinheiro, a quantia, a que monta o seu valor.

t assim que a uma certa mulher, Gugua, pagou o banqueiro Nebo-ahi-íddin parte em *hudu* e parte em dinheiro, e ela, meses após, cedeu ao filho um *hudu,* de uma mina (moeda), como lhe transferiria, hoje, bilhete de banco de igual soma. O pai do mesmo banqueiro reconheceu à cunhada crédito pagável em metal ou em *hudu.* A palavra *hudu,* com o sentido de pagável à vista, podia aplicar-se até a objetos suscetíveis de tradição; e é provavelmente em tal sentido que se deve traduzir *hudat um,* no ato 1133 do Louvre.

As observações de si mesmas fazem-se acreditar. Não representam fantasias, impressões; quem as reUniu, e expôs, exibia, no momento, a seus alunos, no Louvre, as provas inexpugnáveis. Talvez, e temos razão para assim supor, pelas cópias dos documentos, mais se devesse caracterizar o *hudu* pelo traço comum de título pagável à vista do que pelo traço especial vincular de título à ordem. Se a mulher Gugua, que recebeu do banqueiro alguns deles, entregou um ao filho, sem lhe ordenar nada, é de supor que se operasse a sub-rogação do filho nos direitos de tal mulher, que já se sub-rogara, *ex hypothesi* e conforme a natureza da relação jurídica entre ela e o banqueiro, nos direitos desse. Os textos não apontam sub-rogação pessoal; o têrmo, aí, é de raciocínio, mas não há negar que entre a afirmativa do caráter à ordem e a sub-rogação melhor fôra acolher a essa, porque pagar com *hudu* e retê-lo seria ilogismo e incongruência jurídica, entregar e não entregar ao mesmo tempo.

r

À época ficaria mais estranhável ainda a explicação de *procuratio in rem suam.*

Se alguma coisa se há de supor, não será a inexistência, mas a existência dos títulos inominados, nas épocas observadas e, com maioria de razão, *antes.* Um êrro que é preciso dissipar, escreveu, a propósito, ALBERT

WAHL *(Traité théo ri-que et pratique des Titres au porteur,* 1, 18 s.), está em crer-se que o título ao portador só se encontra, ou só se pode encontrair, nas nações que conheceram ou conhecem a escrita. Uma ficha, um pedaço de madeira, um búzio, uma pepita, uma rodela de metal, pode servir, ou ter servido, para a instituição rudimentar do título ao portador. Assim, *lato sensu,* não seria difícil achar-se o título ao portador nos povos selvagens hodiernos, ou em seus correspondentes filogênicos, os pré-históricos e os antigos.

Outro investigador francês, igualmente meticuloso e sensato, levou além as suas ilações. Convém notar, escreveu FRANÇOIS LENORMANT *(La Monnaie dans I‟Antiquité,* 1, 118), quanto ao mecanismo do câmbio e da circulação comercial, na civilização, que os documentos assírios dos séculos IX a VII antes de Crista nos revelam, progresso considerável sobre o anterior estado de coisas: não se trata do emprego de verdadeira moeda, mas do desenvolvimento dos meios de representação fiduciária de valores metálicos, de valores nascidos do crédito dos negociantes, verdadeiros *papiers de commerce,* se não fica mal a tão remotos tempos a expressão moderna, que tem, aí, o simples efeito de imagem, de semelhança, de comparação. Conforme os hábitos particulares da civilização eufrática (continua o professor de inscrições), no que concerne à escrita e seu excipiente, os documentos eram feitos em pequenas fichas quadriláteras de argila, cuja forma e dimensão nos lembram sabonetes de toucador. O texto era escrito em terra mole, que depois se levava ao fôrno, a fim de se tornar resistente e inalterável. É assim que se vêem no British Museum; e crê FRANÇOIS LENORMÂNT (1, 115) que de tal espécie fora o documento que o pai de Tobias mandou seu filho cobrar a Gabelo: quirógrafo redigido perante testemunhas e o *dominus negotii* (mutuante), que assinava sempre primeiro, como o vendedor nos atos de compra-e-venda e o proprietário nos contratos de locação.

Em obra de maior vulto, nove anos depois, o autor, FRANçoís LENORMANT *(Histoire ancienne de l‟Orient jusqu‟aur guerres médiques,* V, 117), muito acentuou as suas opiniões. Depois de reproduzir mandato de pagamento, notou que ele constituía indiscutivelmente letra de câmbio, imperfeita quanto à forma, mas com todos os seus

requisitos essenciais. O espécime apresenta o caráter de *cambium traiectitium,* perfeitamente reconhecido pelo próprio nome que se lhe dava na linguagem jurídica dos assírios *sipariu* ou, em vulgar, missiva, da raiz *sapar,* enviar, que implica a noção de transporte. A *sipartu* era negociável. Para isso bastava outro ato pelo qual se provasse a negociação. Não se usava o endôsso, que, materialmente, seria impossível; o instrumento de transferência tinha de ser especial: não se poderia endossar tabuinha de argila, pela dificuldade física de se lhe juntar qualquer declaração, ou simples assinatura que fosse, depois de cozido o barro. Sem dúvida, para facilitar a negociação dos títulos a terceiro, solam os Assírios como se vê das fichas de argila que chegaram até nós não nomear, para execução do mandato, pessoa que pertencesse à mesma cidade que o devedor. Assim qualquer portador podia reclamar o pagamento pela só entrega do mandato (FRANÇOIS LENORMANT, *Histoire ancienne de UOrient jusqtCaux guerres médiques,* 18; *La McmnaU dans l"Antiquité,* 1, 115 e 119).

Entre os tesouros trazidos de Susa pela missão arqueológica enviada à Pérsia, sob a direção de M. J. DE

MoROAN acha-se (1901) cilindro de pedra, com a altura de 2,25 m, em que se contém velhíssimo código babilônico, escrito em caracteres cuneiformes. Tal codificação foi publicada pelo Rei Hammurabi, cerca de vinte séculos antes de Cristo, pôsto que SCHMIDTIÇE *(Aufbau der babvloniçchen Chronotogie,* 47 s.) queira, agora, abaixar a idade a 1730-1688. Elaborado para a Babilônia, foi transplantado a Susa e colocado no Palácio dessa cidade por um rei elamita, que viveu cêrca de nove séculos depois.

O precioso achado foi traduzido por V. ScHEIL, professor de Assiriologia (cf. RUDOLPH DARESTE, *Journal des Savants,* 1902, 517 s.). Cumpre advertir que, antes da descoberta, BRUNO MEISSNER *(Beitrâge zur Ass-yriolo pie,* III, *passim)* já havia publicado alguns fragmentos correspondentes a parágrafos do Código.

No comêço da inscrição há baixo-relêvo, que representa o deus Samas, deus dos oráculos e da sabedoria, que inspira Hammurabi, e o rei, atenta e respeitosamente, o escuta. Em seguida, vem preâmbulo, com os nomes e títulos do rei, em teor panegírico. Os parágrafos são mais de duzentos e oitenta e faltam cêrca de quarenta, entre os §§ 68 a 99. Todos os demais foram traduzidos, salvo uma ou outra palavra, o que não altera a compreensão geral e a inteligibilidade imediata das regras jurídicas. Lá se punem os atos de feitiçaria, a corrupção dos juizes, o roubo, em suas várias espécies. Trata-se, após, da situação dos oficiais e servidores do rei, da cultura das terras, das relações jurídicas entre

negociantes e prepostos, das dividas em geral, do contrato de depósito, das relações de família, das penas e indenizações por ferimentos e golpes e outros assuntos. Estêve em vigor tal Código durante séculos: quase mil anos depois de Hammurabi, era lei em Nínive, ao tempo de Anumbanipol.

Definem-se os direitos e obrigações dos médicos, dos arquitetos, dos banqueiros e de outras pessoas. Regulam-se a locação,os salários, a situação dos animais domésticos, etc. Porém nada há que permita crer-se em legislação *r*

especial concernente a títulos ao portador, quer nas partes anteriormente mencionadas (contratos, dívidas, etc.), quer depois da lacuna, que acaba no § 100, já referente a comerciantes e prepostos. Todavia, não é fora de oportunidade lembrarmos que o comércio tinha feições jurídicas interessantes: nas mãos dos capitalistas e banqueiros, que dirigiam as operações e adiantavam somas aos prepostos, era, quase tudo, feito por conta de outrem. O preposto prestava as contas e recebia a sua remuneração. O trigo fazia as vezes de. moeda.

E não só: no § 100, conforme a tradução do assiriologista HUGo WINCKLER, lê-se, no que resta do fragmento correspondente, que se podiam entregar tabuinhas de dívida, pagável em certo dia e lugar, mas, pelo que se infere da leitura dos §§ 102 e 104, tratava-se de titulo nominativo, se não na forma, pelo menos nos efeitos convencionados, tanto assim que não se pagariam os interesses se o trabalhador fosse infeliz na cultura, devido a algum temporal, que lhe devastasse os campos(§ 48).

Todavia, não devemos concluir pela inexistência do titulo ao portador: as formalidades probatórias, a destruição das tabuinhas produtiva da extinção do crédito, tudo isso leva a crer-se na função, menos *Pertinencial* do que *legitimante,* dos documentos babilônicos.

Se assim é, ~quem de consciência negará nos povos pósteros ao século XXII antes de Cristo o germe do título ao portador? Adotemos critério de sobriedade, e não nos aventuremos a afirmar, com JoSEF RORLER e F. E.

PEISER *(Hammurabis Gesetz,* 1, 117), que o Código babilônico os reconhece em toda a inteireza moderna.

§ 3.659. Fenicios e Cartagineses

1.FENICIOS. Cumpre ponhamos em relêvo, nas inquirições históricas, os Fenícios, e, particularmente, os Cartagineses.

Confinados numa costa estreita, mas fértil, com alguns bons portos, diante de si o mais vazio dos mares, e, dos lados,o deserto, para além do qual estavam grandes remos populosos e afins de origem, os Fenícios, ricos em dotes espirituais, inventivos e audazes, escreveu A. SCHÀFFLE <*Bati und Leben des socialen Kõrpers),* estavam nas situações mais adequadas a alto grau de poder econômico e comercial.

Povo famoso na marinhagem, mas sutil e tratante, diz HOMERO *(Odysséia,* XV, 414 s.; XIV, 288), foram os verdadeiros intermediários da civilização antiga. Ninguém os superava na astúcia. A inteligência prática provia-lhes a tudo, com aquela genialidade da riqueza, de que, tantos séculos mais tarde, deram mostra os Inglêses: fizeram a circunavegação da África, dois mil anos antes de Vasco da Gama; Tiro, que herdou a hegemonia da pátria fenícia, fez-se o mercado do mundo:

os mercantes eram príncipes, e os negociantes os mais honrados da terra (ISAIAS, XXIII, 3, 8).

2.CARTACINESES. Algumas precisões são de mister.

Daí os desproveitos de ordem ética: na luta pelo ganho material, o que pertencia à ordem espiritual declinou e empalideceu; o amor do dinheiro fez-se o principio do Estado, como diz PLATÃO, na *Republica,* a má fé dos Cartagineses era proverbial; e POLÍBIO (VI, 52, 2) chegou a dizer que entre eles nenhum ato de que adviesse lucro se reputava desonroso. Ganhaste? Procedeste bem. O bom êxito sana os meios.

Onde há comércio intenso, há moeda, e onde há moeda, existe título ao portador, porque, *lato tensti,* o dinheiro é título ao portador. Ainda em sentido estrito, não parece de crer-se faltasse aos Fenícios o instituto, ainda que rudimentarmente, como dado prático, sem que dele cogitassem com especial cuidado as normas jurídicas.

Substitutivo da moeda, viu-o em Cartago, ESCRINE, que escreveu a respeito *(Dialoqus de divitiis,* c. 24) : “Os Cartagineses usam a seguinte espécie de moeda:

num pedaço de couro envolve-se uma coisa ... mas o que está envolto ninguém o sabe, salvo quem procedeu à operação. Depois, selado, é posto em circulação. E aquele, dentre eles, que mais possui, se crê mais provido de ouro e mais rico do que qualquer outro. Quem, entre

nós, possuísse outro tanto, não seria, por isso, mais rico de que quem tivesse uma quantidade de pedras tiradas de uma montanha". Excelente nota sobre o valor *convencional* do dinheiro.

Alguns autores quiseram ver em tais discos de couro, com substância misteriosamente envolvida, verdadeiros títulos ao portador (PAULY, *Real-Enczjciopaedie der ctassischen Alterthums-Wissenschaft,* II, 173; BOETTICHER, *Gesckichte der Carthager,* 54). A indicação não nos pareceu forçada. Do próprio texto citado mais se poderia concluir pela existência de de tais pedaços de couro como moeda auxiliar do que como títulos de crédito ao portador, e assim pensnram J. E. RUNTzE e LEVIN GOLDSCHMmT.

Outra explicação foi, se não defendida, pelo menos suscitada por tratadista italiano: não sabemos, escreveu ele, se aqueles discos representavam soma depositada; devemos, antes, pensar que circulassem privados de tôda ~, *r*

como, simples expediente prático para obviar a exigências das finanças públicas, sem que se fundassem em qualquer principio jurídico (ARNALDO BRUSCHETTINT, Trattato *dei Titoli ai portatore, 6;* cp. RonErro MONTESSORI, *Dei l"Obbiigazione ai portat ore,* 12).

Embora similares, papel-moeda e moeda, de um lado e, do outro, o título ao portador (em sentido estrito) e os simples títulos de legitimação, não se confundem. É bem de crer-se que o caráter dos discos, a que se reportou ESCHINE, lhes tirasse um pouco a assimilação à moeda é os pusesse entre os títulos de crédito e o dinheiro, como expedientes auxiliares, práticos.

Expedientes práticos, mas nem por isso menos expressivos. As regras jurídicas fazem-se para norma das relações, existentes ou possíveis; podem vir, escritas, muito após o uso de um instituto. Aí está, no dreito moderno, o singelo exemplo, que tanto tempo viveu, em muitos países, *sem lei,* e a nossa, hoje revogada, Lei de 22 de agosto de 1860, foi a segunda, no mundo, a tratar dele. Nem o Direito está todo. nas leis, nem tudo o que nas leis se estatui é direito vivo:

quando a relação surgir, a que se aplique o velho texto, invoca-lo-á o interessado, e, nesse chamado à vida, incorpora-se na realidade ativa das fOrças sociais a norma fossilizada, Antes, porém, lhe faltava o influxo, o germe, que nele crescesse, como a sementeira na terra. A regra jurídica que manda aplicar aos casos omissos o que *é* direito relativo aos casos análogos outro fim não tem, que o de prover àquela porção de fatos de ordem social sObre os quais não baixou o olhar de

quem legisla, ou a atenção de quem reduz a classificações doutrinarias, ou simplesmente didáticas, os muitos incidentes jurídicos da vida diária.

§ 3.660. Hebreus e Gregos

1.HEBREUS. Os Hebreus, antes do domínio romano, não eram povo comerciante; e evitavam, de índole, as relações com os outros povos, *discreti semper ab externarum gentium consortio,* muito se disse. Agricultores e obreiros, conheciam a escrita e reduziam a prova literal as obrigações *(Jeremias,* XXXII, 9-14: "E comprei o campo a Hanameel, filho de meu tio paterno... E fiz escritura e assinei-a, e chamei testemunhas, e pus o dinheiro numa balança. E tomei a escritura de aquisição firmada, e as estipulações do contrato, e a ratificação. . .“; *Lucas,* XVI, 6-7) ; mas a maior parte dos escritos não reconhece a existência de títulos ao portador, bem que não faltem indícios históricos.

Um dos argumentos maiores em prol da existência de tais títulos, atribuido, geralmente, a ALBERT WÃHL

(TraiU théorique et pratigue des Titres au porteur, 1, 14), está no Livro de ToMas, em dois pontos principais:

"Também te advirto, filho meu, que, quando tu ainda eras criança, dei eu dez talentos de prata a Gabelo, estante em Rages, cidade dos Medos, e que tenho em meu poder o escrito dele. E por isso busca o modo de o achar e cobrar dele a sobredita quantia de prata, e de lhe entregar o seu‟ escrito" (IV, 21-22). .... . Então, respondeu Tobias a seu pai e disse: „Porém não sei de que modo poderei cobrar esse dinheiro, porque nem ele me conhece a mim, nem eu o conheço a ele: ~que sinal lhe darei eu? Eu nem ainda sei o caminho por onde se vai a tal terra‟.

Então, seu pai lhe respondeu e disse: „eu tenho em meu poder a obrigação de seu punho, a qual, quando tu lha mostrares, ele logo pagará"‟ <V, 1-3).

Concluir dai que se tratava- de quirógrafo ao portador, não só nos parece precipitação, como facilidade em se ver em fatos narrados para efeitos históricos (se nos permitem a expressão) a elaboração de princípios de direito, como se os acontecimentos contados o fossem para efeito de informação de história jurídica. Demais, à primeira vista parece que o texto citado fica limitado, em sua possibilidade de prova, pela recomendação do pai de Tobias, como que a frisar a

simples representação, dado que ALBERT WAHL e os outros não viram, ou não tomaram na devida consideração .para que tu cobres o dinheiro enquanto ainda estou vivo"). Que significa isso?

Mais adiante, porém, Rafael, o anjo, e não Tobias, faz-se portador: a fim de que esse não tardasse, pois seu pai contava os dias, o anjo, que ele cria ser homem, foi à cidade de Rages e achou a Gabelo, a quem entregou o escrito e recebeu dele todo o dinheiro (IX, 1-6).

O livro de Tobias remonta do sexto século antes de Cristo (cf. E. RENAN, *Histoire dii Peupie d‟israel,* VI, 169, nota, que o considera posterior ao cristianismo). Mas os Hebreus, no catálogo das Sagradas Escrituras , não contavam o Livro de Tobias. Originariamente escrito em caldaico, dele não se conservou nenhum exemplar. Foi São Joaquim quem formou a versão latina que se tem, versão procedida sobre a fé de um judeu, que o interpretara do caldeu. Daí, quiçá, algumas divergências, de forma e substância, entre a versão grega e a latina.

A genealogia da principal personalidade, os informes‟ de geografia, história e cronologia, tudo isso dá ao Livro de Tobias grande valor; e aos que o retardam ao tempo de Adriano, que reinou de 117 a 188 de nossa era, respondeu E. VrnouRoux *(La. Sainte Ribie Poiijglotte,* III, 464) : "lis s‟appuient sur des raisons futiles, tirées de la tendance, qu‟ils attribuent à l‟auteur, ceile, par exemple, de montrer que l‟ensevelissement des morts est ~uvre agxéable à Dieu, comme si l‟on avait eu besoin d‟attendre l‟époque de l‟empéreur Adrien pour soupçonner que c‟était lã un *r*

acte de charité".

Os textos, assim o grego como o latino, apresentam todos os caracteres de composição fidedigna, pois as notas cronológicas são expressivas: ToMas (dizem os versículos 1 e 2 do primeiro capítulo) da tribo e cidade de Neftali, que é na parte superior da Galiléia, acima de Nasson, depois do caminho que leva ao ocidente, e tendo à esquerda a cidade de Lefet, que caiu em cativeiro ao tempo de Salmanasar, rei dos Assírios.

Ora, Salmanasar reinou desde o ano de 727 antes de Cristo. O livro deve ser, e bem provavelmente , do sexto século anterior à nossa era.

- *Trapezites,* 18). Fazia-se mister a profissão de pessoas, cuja posição social assegurasse a perfeição e a execução dos negócios e inspirasse

confiança. Dai os trapezitas. Serviam de testemunhas nas convenções, guardavam dinheiros e escritos e prestavam outros serviços que são hoje os dos bancos, Acabaram por ser os principais e talvez únicos intermediários para os contratos, com o que assumiram, de algum modo, caráter oficial.

Mais tarde, todavia, distinguiram-se: os simples cambistas verdadeiros capitalistas que concediam dinheiro em empréstimos para as culturas e para o comércio marítimo.

Alguns autores crêem que os Gregos tivessem a cambial, o aval e o endôsso (L. PAPA D"AMIGO, *1 Titoli di credito,* 214 s.).

Outros lhe negaram tão avançados institutos jurídicos (W, WACHSMUTH, por exemplo) ; e outros ainda, melhor Informados, não só lhes reconheceram a cambial, como também as obrigações à ordem e ao portador.

O principal, dentre os últimos, foi LEVIN GOLDSCUMWT (Inhaber-, Order-, und executorische Urkunden im klassischen Altherthum, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung,* X, 352 s.). O síngrafo era meio de prova entre os Gregos, não se caracterizou, como queria RUDOLPE DARESTE (Sur la auyygaq,4~ en droit grec et en droit romain, *Rulletin- de Correspondence heilénique,* VIII, 362 s.), por ser ato público com testemunhas em grande número, pois tais solenidades também se encontram em outros contratos, nem por seu valor executório, nem pelo fato de constituir titulo ao portador.

RUDOLPH DARES pensava determinar o síngrafo como titulo de direito público, executivo, pOsto que a têrmo, sendo legitimado ativo quem, no momento, fOsse o portador. A cláusula pode ser explícita, ou não. Entendia, porém, que, em caso de contestação, ao portador incumbia o Onus da prova da sua legitimação.

Certo é que se acha a forma ao portador, mas, como bem observou LEvIN GOLDSCEMTDT, e as investigações, que lhe seguiram, lhe confirmam a advertência (L. BEAUCHET, *Histoire du Droit privá de la Rêpublique Áthénienne,* IV, 72), não ficou provado que a negociabilidade da documento estivesse ligada à forma do ato, ou se, pelo contrário, houve mera coincidência. Acresce ainda que o conjunto dos contratos executivos de Amorgos, existente no próprio *Recueil des in.scriptions juridiques greeques* (Paris, 1891-1894), que se deve ao mesmo RUDOLPH DARESn e a dois outros investigadores (B.

HAUSSOULLIER e SALOMON REXNACH), e principalmente as multas

severas que protegiam, durante o curso da execução, o mutuante ou o representante dele, tornam inverossímil a proposição de RUDOLPH

DARESTE quanto a ser o portador obrigado à prova de sua qualidade, além da produção do síngrafo. O titulo podia ter a cláusula à ordem ou ao portador. Mas o comercialista alemão não sustentou, com inexpuguáveis provas, o seu parecer; nem a cláusula alternativa a ordem ou ao portador se pode considerar explícita nas fontes gregas.

A papirologia moderna não trouxe sequer um pouco de luz: prova importante de verdadeiros títulos ao portador está, dizem alguns, no papiro Oxyrhynchus (II, 269), em que, na primeira coluna, se encontra a cópia de contrato com a cláusula ao portador, mas na coluna segunda se faz menção do mandato de exigir *(The Oxyrhvnchus Pap*"*g ri,* ed. de B. P. GRENFELL e A. S. HUNT), conferido a amigo do credor. Que prova isso? Todos sabemos que a cláusula era assaz usada, e por ela o titulo devia ser eficaz onde, , e a quem quer que a apresentasse. Certo é que B. FRESE e L. WENOn viram nisso a espécie jurídica da *representação do credor* (L. WENGn, *Papijrusforschung und Rechtswissenschaft,* 40; E. FRESE, *Aus dem griiko-aeg~ptischen Rechtsleben,* 26) ; mas não é menos certo que a simples aposição da cláusula ao portador, conferia ao documento os requisitos necessários para se transmitir por mandato ou cessão.

 Não se ver a! o titulo ao portador é querer-se exigir aos Gregos exatidão conceptual a que não chegaram muitos dos grandes juristas modernos e os seus povos, o mais absurdo dos anacronismos, o anacronismo doutrinário. A negação seria de acolher-se, se os Gregos não tivessem a cessão, como queria E. CAILLEMER *(ttudes sur les antiquités juridiques d*"*Áthênes,* 14 s.; RUDOLPH DARESTE, *Plaidoyers civils de Démo.qthêne,* 203 e 214), *r*

porque, então, a *fortiori,* não teriam o titulo ao portador; mas „a opinião predominante, advinda de G.

CRUCHON, admite o instituto já na época dos oradores, quer para o direito ático, quer para o direito grego.

Alguns escritores pensaram encontrar títulos ao portador nos, tabuinhas que se distribuíam, em Atenas, aos heliastas, por ocasião de serem investidos de «ias funções (J.E. KUNTZE, *fie Lehre von den lnhaberp. .~ i5:ren,* 1, 38). O portador de um desses pedaços de madeira ou de bronze,G.E. BENSELER, *Grieéhisch-Deutsches Schid-Wdrterbuch zu Hórner, Herodot, Aeschylos, Sopholcles,* 740 > tinha o direito de exibi-lo no Tesouro e perceber os emolumentos que lhes

eram fixados. Não se fazia mister que o portador fosse o próprio heliasta (juiz que se sentava na praça Heliéia, em Atenas). Quem quer que o exibisse, receberia a quantia.

Primeiro se disse que tal instituição nada tinha que ver com o direito privado (J. E. KUNTZE, *Die Lehre von den Inhaberpapieren,* 1, 39; A. PERNICE, *Zeitsehrift flir das gesammte Handetsrecht,* V, Parte □

2 a, 99 s. e 110; A.

BRUSCHETTINI, *Trctttoto dcl Titolo ai portatore,* 11). Depois, objetaram outros que o fenômeno jurídico observado na emissão, não era o do moderno título ao portador, mas ingênuo expediente prático, de que se servia o Tesouro para mais simples e expedita administração.

À primeira objeção, que é vigorosa, pois que ao poder do Estado não se pode equiparar, na antiguidade, o poder do indivíduo (J. E. KUNTZE, *lhe Lehre von deis lnhaber-papieren,* 1, 89), talvez só se pudesse opor a alegação de que a investigação histórica tenta descobrir, entre os antigos, espécimes de títulos ao portador, sem que se lhes exija, prèviamente, o serem de direito público ou de direito privado. (O bônus do Tesouro federal, estadual ou municipal não é menos título ao portador que quaisquer outros instrumentos de crédito. Todavia~ ainda voltaremos a □ responder à objeção.)

Centra a segunda nada se deve formular, porque ela mesma se esboroa, pela insignificância do que afirma: o fato de ser expediente *prático* não tira ao instrumento de crédito o ser título ao portador; não se poderia desejar, nos tempos remotos, exemplos de papiros ou tabuinhas inominadas que não fossem, precisamente, essencialmente, expedientes práticos.

As instituições nascem de ações, que se reproduzem, e não de idéias, que perfizessem aquelas e em conseqüência os institutos. Levar a filosofia jurídica ao princípio da formação histórica *consciente* do direito seria inocular na evolução dos fatos sociais algo de autodeterminismo, de pura composição espiritual, incompatível com o conceito de sociologia, de ciência do direito, de evolução autônoma e material das instituições. O elemento espiritual no direito está em princípios, que participam da natureza das coLas e dos íntimos destinos do homem, verdades que constituem a *ratio essendi* do direito; mas uma coisa é §sse elemento, independente da forma dos institutos, e aquele outro, que engendra, no tempo, a evolução material do direito.

Seria decisivo da existência dos caracteres do titulo ao portador nos *simbolos* gregos, se encontrássemos alguma ação conferida ao portador e em que se notasse a sua autonomia. Não a temos nos textos gregos que até hoje se encontraram.

A falta, porém, não induz a inexistência. Nenhum texto há também pelo qual se permita, no caso de prestação o exequi-la a exibidor, que não tivesse direito, a impugnação do pagamento, a repetição. As deficiências, pois, compensam-se, e milita a favor da afirmativa de serem os símbolos antecedentes morfológicos e funcionais do título ao portador a revelação de seu próprio nome e do étimo.

A observação tanto mais será de atender-se quanto se verifique a importância que os modernos escritores atribuem, ainda hoje, à função *simbolizadora* do papel ao portador. O fato semântico de extensão, na linguagem grega, dos símbolos não é para desprezar-se. Muitas vezes b sentido de uma palavra, apurado e fixado num século, revela, na vaga generalidade da significação , que se lhe atribuia, aparentemente, noutro século,

 o verdadeiro emprego anterior. No correr dos tempos, como que ressalta a *„mens verbi.* No grego igualmente remoto, ou, se mais recente, pouquíssimo, expressava as próprias contribuições de piquenique (G. E.

BENSELER, *Grieehisch-Deutsches Schiil-Wórterbuch zu Homer, Herodot, Aesch~,elos, Sophokies,* 740) e outras similares; e GVLI6OÀa, que significava comércio. pacto, síngrafo, dinheiro emprestado, também queria dizer às vezes *tessera hospitali.s,* como, outras vAzes, *tessera judicum.*

Quanto à primeira objeção, com que se pretende excluir a importância histórica dos simbolos na evolução do titulo ao portador, ainda cabe observar-se que os simbolos nasciam realmente de ato de direito público e o seu fim tinha o mesmo caráter. Mas uma coisa era a emissão e o pagamento, e outra, a circulação. Dai quererem os juristas, desde J. E. KUNTZE *(Die Lekre vota deu Inhaberpapiereu,* 1, 88), que as relações jurídicas entre o heliasta, o Fisco e o portador constituíssem a assinação, a *Anweisung,* contrato pelo qual o assinante encarrega o assinado de satisfazer ao assinatário, que recebe a prestação em seu próprio nome, sem necessidade de aviso prévio do. assinante ao assinatário.

r

§ 3.661. Romano,

1. “CONGIARIA” E “MISSILIA”. Chega-se a Roma. Foi J. H. BENDER quem primeiro apontou à verificação das parecenças com as ofertas ao público os “congiaria” e os “missilia” (J. H. BENDn, *Die Lotterie, §* 4, n. 1; depois, L. DUNCRER, *Krittsche .Tahrbiicher fi2r Reehtswissenschaft,* III, 240 s., e Ober Papiere an den Inhaber, *Zeitschrift .ti2r deutaches Recht,* V, 31).

Dos *congiaria,* dá-nos exemplo TITO Lfvio *(História Romana,* XXXVII, 57), quando narra os processos, postos em prática por Acilius Glabrius, para bem se sair nas eleições e conseguir o favor público. Distribuia dons ao povo. Outras referências têm-se em CICERO, SÉNECA, PUNIa, SUETÓNIO e noutros. *Congiarium* significou, primitivamente, vaso, de capacidade de um *congius* (medida de líquidos); depois, os dons de vinho, alimento ou dinheiro. A distribuição fazia-se, a principio, em natura. Mais tarde, pelas dificuldades mesmas de passarem ao público, uma por uma, as coisas dadas, ou entregues em recompensa, veio o uso de *tesserae annonariae,* ou *frumentariae* (bônus de alimentos),. a pessoas determinadas, ou lançadas, em grande número, à multidão *(jactus missiliu‟m).* Também eram as *tesserae* expedientes práticos, como os simbolos; mas já dissemos que ao direito muito interessam eles, pois, com serem germes de institutos, pré-existiram às regras jurídicas, que se lhes aplicaram.

As *tesserae,* destinadas a pessoas determinadas, não nos trazem subsídios. Porém o *jaxtus missilium* dá aos *cou piaria* caracteres dignos de atento exame. Não menos as *tesserae theatraies,* ou cartões de teatro para representação gratuita.

Não se pode negar a tais instrumentos a exterioridade dos títulos ao portador; pôsto que o instituto sócio-jurídico ainda não fosse perfeito. Fôra muito aventurar ter-se o *iactus ,nissilium* por verdadeiro contrato *cum incerta persona.,* como quis P. COGLIOLO, ou com o povo, indeterminadamente, qual o pretendeu A. PERNICE. Não o é menos afirmar-se que o possuidor de uma *tessera* não adquiria nenhum direito perante o Estado, nem o Estado, com o distribuidor, se vinculara a qualquer divida, sendo simples promessa que, juridicamente, não era constrangido a manter. Os títulos modernos, cujo conteúdo é prestação de serviços, não os temos por menos normais, se o emissor, a titulo gratuito, se reserva o direito de não realizar o espetáculo, a festa, ou o que for : o fato jurídico, que se dá,

todo se explica pela natureza do próprio cartão. Não se trata de condição puramente protestativa, mas de condição resolutiva do dom em jactura. Não há, na espécie, *merum arbitrium:* O promitente não solveria se quisesse; o que se dava é que não seria obrigado a proceder ao espetáculo, à festa, se razão havia para a falta, pois que em muitos casos não dependeria, exclusivamente, da sua vontade. Prudente será evitarem-se generalizações e afirmativas, pois que os textos romanos não elucidam, como fôra de mister.

Sobre o assunto, P. COGLIOLO (II Titolo aí portatore nella recente giurisprudenza italiana, *Giurispradenza italiana,* IV, 130; sobre o contrato *in incertam personam, Monitore dei Tri-. bunali,* 1891, 870), A. PERNICE

(Zeitschrift fi.!r das pesammte Handelsrecht, Nova Série, IV, Parte II, 107) e ALBERT WAHL *(Traitá théori que et pratique des Titres au porteur,* 1, com algumas contradições, a respeito dos *con piaria,* nos ns. 22 e 25).

2.“PARTES CARIsSTMAE”. Se passamos ao direito privado puro, encontramos as *partes carissimae* da sociedade dos publicanos, em que houve quem visse ações ao portador: CICERO *(is Vatinium,* 12) fala das *partes carissimae;* e ORELLI, em seu *Index lectionum in A~ade*"*íuia Turicensi* (Turici, 1835) explica; “Partes h. 1. sunt quas nos dicimus *azioni.* Sciiicet a ~ocietatibus publicanorurn emere poterat aliquis v. c. decimam, vicesimam, centesintam partem vectigalium”. Mas, se a relação jur!dica parece a das modernas açóes, falta-lhes a forma, a exterioridade cartular.

As *partes* eram transmissíveis por herança (PoMONIO,L. 59, pr., 4)., *pro sacio,* 17, 2> e podiam ser objeto de especulaçóes (L. 62, pr., D., *pra soda,* 17, 2). Porções intelectuais, provavelmente não reduzidas a escrito (A.

BRUSCEETTINI, *Trattato dei Titoli ai poriatore,* 12), em que se incorporassem, como dizem os modernos, difícil fora atribuir-lhes a natureza de títulos ao portador. O termo *partes* não continha nada de objetivo, nada do que hoje é a ação de sociedades anônimas, ou comanditas por ações , ou cooperativas constituídas por tal processo. Assim designavam os Romanos, não só as quotas nas *soe etÉltes vectipal,ium,* como também as das *privatae societates (3.* E. KUNnE, *Die Lehre vou deu Inhaberpaquieren, 1,* § 12, 43; L. 6, L. 29, L. 58, pr., L. 62, L. 63, §§ 4 e 9, D., *pra sacio,* 17, 2).

A própria expressão *partia* emprega-se por vAzes (L. 63, § 5, D., *pra todo,* 17, 2), o que tira aos dizeres, em relação às *sociedates vectigalium,* qualquer valor de argumento.

No *Corpus institutionum latinarum* (111, 934) foi publicado documento de mútuo, do ano 162 após Cristo, em que há a cláusula *cive ad quem ea res pertinebit.* Dai a afirmativa de LEVIN GOTJDSCHMIDT, que viu em tal *r*

documento verdadeiro titulo ao portador. Foi ver de mais. Trata-se, em verdade, da frase vulgar (A.

BRUSCEETTINI, 13) para designar o adquirente. Na L. 19, § 5, D., *de aedilitio edicto,* 21, 1, lê-se: "Deinde aiunt aediles: „emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus". polílcentur erAori actionem et successoribus elus qui in universum ius ccedunt. emptorem accipere debemus eum qui pretio emit". Se 9 „amos em vernáculo: "Em seguida dizem os Edis: „ao comprador, e a quem pertença (o objeto), damos ação".

Promete-se ação ao comprador e a todos os que lhe sucederem a titulo universal. Como comprador devemos entender que comprou com preço".

Ressalta em todos Asses dados a obscuridade do assunto e a pouquidade dos subsídios. Nada sabemos; inteiramente e com exatidão, nesses pontos, da vida creditória e financeira dos Antigos. Os dados, que se avolumam, são esparsos, insignificantes alguns, e outros ambíguos.

Certo, não temos dúvida quanto à existência titu1os de legitimação <títulos ao portador impróprios), nus a nossa convicção advém de exame do conjunto da vida comercial dos Romanos, e não, como a outros, das comédias , onde se fala de depósito com o mandato de pagar a *tabelas (Gure.,* v. 345 si. O trapezita não paga sem exigir a prova do mandato, e, uma vez feita, satisfaz. A cena é provâvelmente influenciada pelos costumes grego:. A Grécia era então província romana. As notas sabre papirologia dos títulos ao portador, incertas anteriormente, esclarecem os motivos dessa convicção.

§ 3.662. Conclusões sobre os títulos ao portador em Roma e nos países de direito romano 1. PERSPECTIVAS. Faltou a Roma e aos países em que se aplicava o direito romano a figura jurídica do titulo ao portador, em seus caracteres nítidos e rigorosos, isto é, faltou o instituto moderno, com as suas conseqüências de ordem jurídica ,

decorrentes das leis. Não se vá ao absurdo de afirmar que lhes faltassem títulos ao portador.

Todavia, entre os Hebreus, já as probabilidades são muitas e merecem esmerilhadas. Ao tempo do Imperador Antofino, ou, melhor, dois séculos após Cristo, foram compiladas as leis hebréias em livro que se chamou Mischna (repetição da lei), obra do rabino Yochanan, ajudado de discípulos do convocador do concílio, de que saiu a compilação. O rabino Judas fez-lhe acréscimos, que lhe mudaram o nome em Talmude de Jerusalém (367

da era cristã). Nesse tempo, na Babilônia, Asché e, em seguida, Mar, filho dele, e Marimor, discípulo, compuseram, em setenta e cinco anos de trabalho, comentário ao Mischna, que se denominou Guemara (complemento). Os dois, confundidos e unificados, conhecem-se hoje por Talmude babilônico.

O Talmude não nos fornece apenas indícios da existência dos títulos ao portador. Examina-lhes a própria natureza *jurídica.* Põe-se a questão de saber se o portador de um titulo assim concebido "Eu N. 1.1. recebi de ti (sem indicação do nome do credor > 100 de empréstimo" tem o direito de exigir pagamento sem provar que o crédito lhe foi transferido (3. E. KUNTZE, *Die Lehre von den InhaberlXlpteren,* 1, 50). Responde -se-lhe afirmativamente.

Quanto à época, não se sabe ao certo. Pode ser do século 11 ou do século IV, o que traz à data incerteza de quase duzentos anos. No tocante ao valor jurídico, os juristas discordam: é nenhum (O. STOBBE, ~. VON POBCUINGU), assaz apreciável (3. E. XUNTZE, ALEEÉT WAHL), ou é fundada conjetura (A. BRUSCRENO, e não prova decisiva.

Seguimos a 3. E. KUNTZE o texto judaico desceu a pormenores que o escritor italiano não levou em conta, ou lhe escaparam. Nunca se devem exigir aos institutos, na Antiguidade, os caracteres atuais, sob pena de ser impossível

, a cada passo, a história.

Por que Roma não utilizou, juridicamente como fora de crer fizesse, os títulos ao portador? Porque não necessitava deles, diz-se. Porque tinha a novação, dizem outros. Mais: porque lhes a5sistia eficaz substituto, não derrogante de princípios, na delegação, a qual, a par do desenvolvimento bancário dos romanos, bastava às exigências do comércio. O emprego da delegação, sucessivamente, mobilizava o

crédito, conclui A. BEUSCEEnINI *(Trattato dei Titoli ai poruitoT6,* 17).

Há um tanto de preciosismo no escritor italiano. Dá-se *a delegatio* quando o credor de Titio e devedor de Caio ordena ao próprio devedor que se obrigue, por si, perante Caio. Ora, delegação não preenchia as funções sócio~econômiCas do titulo ao portador. Não se deve, portanto, atribuir-lhe o retardo. Demais, o que se há de perguntar não é *porque* os Romanos não usaram os títulos inominados, mas *porque* a lei não os regulou. À

primeira pergunta, responderam ALBERT WÂHL, 1?. GmE, A. BRUSCHETTINI e outros, mas cometeram *ignOfliftiU elenchi,* deram solução a pergunta diversa da que se lhes fez.

Em verdade, os povos antigos costumavam empregar a forma ao portador, máxime os titulos impróprios. O que lhes faltou foi a atitude do Estado no fazer obrigatória ou acionável a promessa ao público, lançada no título. Sem esse provimento~ carência que se leva à conta do egoísmo~indiVidualista dos Roma nos e conseqUente tibieza *r*

da função do Estado no providenciar quanto aos interesses coletivos, sem a lei expressa, o titulo ao portador ficava subordinado aos princípios gerais. Vale dizer:

a regras negativas dele mesmo. O que tivesse o título, teria de provar as cessões anteriores, legitimar-se enfim, conforme o duro formalismo existente e admissível em espécie, Por outro lado, o desenvolvimento bancário, que fora elemento de incentivo, não se pode invocar como fator de prescindência .

2.RETARDAMENTO DAS LEIS ROMANAS. O direito romano foi tardo no libertar as obrigações de seu vinco de origem, e nunca chegou à prática jurídica, normal, dos escritos negociáveis. Vieram, após os singrafos, os quirégrafos a principio, simples meios de prova; depois, forma particular de obrigação: da missão de provar passaram à de conter o crédito (J. E. KUNTZE, *Die Lehre von den Inhaberpapierefl,* 1, 12, 47; A. WAI{L, *Traité théorique et prcZttlue des Titres au porteur,* 1, 19, nota 4). Sobreexistiram aos singrafos.

AVLO~GÉLIO, nas *Noctes Attirae* (XIV, 2), falou de exibição de quirógrafo, que se fez, como fôra preciso, para provar crédito, a que faltavam, de igual, outras provas ordinárias.

Evidencia-se o caráter probatório.

Afirma Justiniano, nas Instituias, que existe, em sua época, obrigação literal: a produzida por titulo que atesta, falsamente, mútuo, e cuja sinceridade não mais poderá contestar-se, porque o prazo da querela *non numeratae pecunitw* expirou. Eis o texto, interpretado, do Parágrafo Único, 1., *de litterarum obligatione, 3,* 21: Dizia-se outrora literal a obrigação, quando se apunha o nome do devedor no livro do credor ou *codez acre pti et ex penei,* com o assentimento do devedor; mas tais inserções não estão hoje em uso. Certo, se alguém escreve reconhecendo dever uma soma que não recebeu de contado, não pode opor depois de muito tempo a exceção *non n.umeratae pecuniae,* está decidido, muitas vezes, nas constituições. Isso faz, ainda hoje *(ut et hodie),* obrigar-se literalmente, desde que não possa querelar; e dai nasce a *condictio,* o que se não dá, entenda-se, em caso de estipulação. O tempo fixado para se nele propor essa exceção era, pelas constituições dos principeS, cinco anos; mas, para que os credores não estejam tanto tempo ameaçados de perder seu dinheiro, o lapso foi limitado por nossa. . . Tal a interpretação que damos.

M. SPALTENSTEIN lhe descobre o elemento contratual da *confessio* expressa no documento. Nada disso, porém, se faz mister, por agora; o que nos importa saber é se o quirógrafo constituiu título ao portador e, para encadeamento demonstrativo da teoria, porque o direito romano não lhe deu esse caráter. À primeira pergunta, tem-se de observar que uma coisa é o quirógrafo, e outra, o papel inominado; à segunda, que o Estado não dera desempenho conveniente à sua missão, não pusera

em prática sábia política jurídica. Talvez quirógrafos circulassem; máxima depois da liberação eficiente, o que ocorrer na após o lapso para a *querela non numeratae pecuniae.* Contudo, a lei não provera, como se deu com a promessa de recompensa, existente no uso, posto que nem sempre vinculativa ou vinculativa e obrigativa.

§ 3.663. Civilização moderna e títulos ao portador

1. DIREITO COMPÓSITO MODERNO. A civilização moderna é misto de clássico (greco-latino), de moral cristã (hebraico) e do que os Latinos chamaram barbaria <germânicos). A Idade Média foi o ponto de afluência.

Os povos, como as idéias e as leis, enfrentam-se ; misturam-se, quando e quanto possível. O que falta a um, sobeja, às vezes, a outro.

Data dai, em sua verdadeira história jurídica, o título ao portador; e

deve-se a II. BRUNNER a mais profunda pesquisa em tal época. Outros *(J.* E. KUNTZE, Bemerkungen zur Geschichte der Inhaberpapiere, *Zeitschrift flir das gesammte Handelsrecht,* II, 570 s., V, 189 s.; L. DUNCKER, A. RENAUD, EIGENBRODT, FR. A.

BIENER, EULER e KARL BINDINO, LEVIN GOLDSCHMIDT, G. CHIRONI, ALBERT WAHL, L. PAPA D"AMICO e A. BRU5CHETrTNI, trouxeram o seu tanto de subsídios, mas nenhum excedeu ao jurista alemão. A sutileza romana, com aquele ilimitado bom gôsto nas coisas jurídicas, frisava a distinção entre a *prova* e a *obrigação.*

Não assim os povos germânicos, os invasores: confundiam a obrigação mesma e a cártula; não concebiam obrigação sem a prova, que de algum modo a enformasse. Nas obriga ções *literis* romanas, atendia-se sobretudo à *soriptura,* que era o máximo, concreto, da concepção daquele sistema jurídico; os povos germânicos davam maior importância à cártula, ao documento em sua materialidade. Duas psiques.

No próprio conceito de "literal", uma via o espírito, e outra, a massa; uma, a especulação, a teoria, a intenção, e outra, o ser concreto, a prática, o palpável, o vivo. Na própria transferência da propriedade imóvel, na criação de créditos e em geral, assim é *(Ler T/isigothorum,* II, 51; *Ler Raiuxaríontm,* XV, 12; e *Legge romana Udinese,* II, 29).

r

Quis-se tirar daí tôda a solução ao problema de como foi possível surgirem os títulos ao portador (KARL GAutris, Em Beitrag zum Handelsrecht des Mittelalters, *Zeitschrift fiir das gesamte Handel.srecht,* 21, 365). Trata-se de tese sedutora; porém não nos esqueça que a Etnografia de si só não explica os fenômenos sociais, e muito menos a Psicologia dos povos.

O método histérico-comparativo é excelente; todavia, nem a Sociologia se contém na Etnologia, nem o que se pretendeu fazer foi aplicar aquele método. Cumpre não confundir a pretensa comparação de causas (que seria a acima referida) e a comparação de fatos. Antes de comparar, fôrça é descrever-se o que se há de ajustar e medir; e quem quer que colhesse dois casos de declaração unilateral, em Roma, teria de verificar, nos fatos, a correlação com títulos inominados e promessas de recompensa, de que nos dão testemunho papiros e inscrições. Antes, portanto, do contacto germânico, já a vida social romana oferecia campo aberto às indagações sociológicas . A quem se

queira convencer, basta a meditação dos dados históricos fornecidos pelos papiros e pelas inscrições: nada mais vulgar do que a promessa de recompensa, e no entanto a lei não lhe dava o caráter vinculativo, pelo menos, *de regra.*

O elemento germânico veio, pois, avolumar as razões para que a sociedade acudisse aos interesses gerais, que são seus. Não veio determinar o surgimento dos títulos ao portador.

Wadiunt chamava-se, alatinadamente, aos documentos de garantia ou prova, entre os povos germânicos. Nele havia muito de cartular: "per hanc cartulam" e "per hanc guadia" eram expressões equipolentes. JOAQUIM DE

SANTA ROSA DE VITERBO *(Elucid4rio das palavras, termos e frases antiquadas da Lingua Portuguesa ,* 1, 167), o sábio português, dá-nos notícia dele e da "carta de gádea , ou simplesmente "gádea", que ele registou.

Disso a concluir-se que esse era mais um fato designativo da tendência dos povos germânicos a dar forma sensível a todo negócio jurídico, há apenas um passo; mas a afirmar-se que do *wadium* tivemos o título ao portador parece-nos insensato. O espírito germânico concorreu, repitamos; não causou o aparecimento da *obrigatividade,* nem, sequer, o fenômeno de *vinculação* pelo simples título.

O texto de JOAQUIM DE SANTA ROSA DE VITERBO é expressivo: "Carta de gádes. O mesmo que carta de testamento, fiança, promessa, penhor, que os Longobardos disseram, alatinadamente, *Wadium* e *Wadia,* pronunciaram *Vadium, Gadium, Galdium* e *Gádia,* ou *Gádea".*

Havia nos povos germânicos dois princípios curiosos:

a proibição de ceder-se o crédito e a de representação. Para iludi-las não podiam recorrer aos processos romanos: para costear aquela, não lhes era permitido recorrer à representação, pois que também era proibida; para evitar tal vedação, não se lhe dava a *adstipulatio,* porque, à diferença do direito romano, o direito germânico considerava preponderante a vontade do devedor.

A promessa é o elemento principal, o elemento primeiro; a aceitação, elemento secundário. Acreditamos que esse fato muito auxiliasse os povos germânicos no desenvolvimento dos institutos de declaração unilateral de vontade; porém não se diga que foi isso a causa. Preciosismo, e nenhum método sociológico. Não se pode fazer tábua rasa dos dados históricos provindos dos Egípcios, dos Gregos, dos

Romanos; se não de institutos, de indisputáveis usanças, para se retomar a carreira em passagens diversas e se reduzir fenômeno de evolução do espírito humano, lenta efetuação da providência social, a pura obra dos germânicos que já encontraram, se não leis, o emprego de promessas ao público.

ARNALDO BRUSCHETTINI *(Trattato dei Titoli ai portatore,* 81), em frase que leva a equívocos, diz que foi HETNRICH SIECEL quem primeiro pôs à luz esse caráter do direito germânico. Mas J. E. RUNTZE *(fie Lehrc ún den Inhaberpapieren,* 1, 853) já dizia o mesmo, e o seu livro é de dois decênios antes do livro de H. SIECEL.

Aliás, antes de J. E. KUXTzE, já haviam notado a diferença CARL ADOLF SCHMIDT *(Der principielie Untersehied zwi.sehen dem rihnischen und germanischen Rechte,* 1, § 29) e GEORO BESELER *(Si,‟stem des gemeinen deutschen Privatrechts,* II, 1.8 ed., 284; 48 ed., 477).

As tentativas para se evitarem as proibições acima referidas foram a estipulação a favor de terceiro e o *Salmann,* instituto germânico. Porém, dizer-se, como A. BRUSCHE‟N‟INI *(Trat tato dei Titoli ai ~portatore,* 81), que estipulação em favor de terceiro e título ao portador têm origem comum ou idêntica, é aventurar conclusão que os fatos desmentem. A papirologia reduz a nada tais considerações tendenciosas (cf. D. FRIEDRICH PREISIOXE, *Griechische Parnirus der k. UniversiUits und Landesbibliothek zu Strassburg im Elsass, E.* 2).

2.DOCUMENTOS PRIVADOS. No próprio direito germânico antigo cumpre ter-se em conta a natureza pública do documento privado, ponto em que insistiu, brilhantemente, P. PLATNER (Em Beitrag zur Lehre von den Inhaberpapieren, *Archi» fiir die civilistische Prazis,* 42, 111 s.), e a que dedicamos no Tomo XXXI, a propósito da promessa de recompensa, algumas observações. JOSEF KOHLER considerou os imperadores Diocleciano e Maximiliano como beneméritos da teoria do contrato a favor de terceiro. II. MIT‟rEis *(fie Lehre vota der r*

Stellvertretunq, 68) afirmava que não repugnava ao direito romano, em principio, o instituto, a que nos reportamos. A teoria do contrato a favor de terceiro acha-se já expressa, escrevem J. UNon (fie Vertrãge zu Gunsten Dritter, *Jahrblicher filr die Dogmatik,* X, 60) e GTOvANNI PACCuTONI *(1 Contratti a favore di terti,* 100 s.), bem que somente para alguns casos exceptionais, no direito romano: não tivemos mais do que trazê-la de lá para insuflar-lhe valor e aplicação geral.

O instituto do *Sairnann* data do século VII e na Lei Sálica encontra-se a

mais antiga prova da existência dele (ROBERTO MONTEssORI, *Dcil*"*obbiigazione ai portatore,* 17). As discussões sobre seu caráter e função assoberbar-se. No *Salmann* tem-se a pessoa interTuediária, que aceitava em próprio nome, e não como mandatário ou representante do beneficiário, a coisa ou promessa do devedor, e devia transmiti-la ao terceiro, que as mais das vezes se não nomeava (KARL GAREIS). O contrato perfazia-se apenas com tal "aceitação"; o terceiro podia estar presente, ou ausente. Empregava-se em caso de doação *causa mortis;* às vezes, o terceiro era corporação incapaz de adquirir.

Não sabemos onde se achar aí algo de decisivo para o instituto dos títulos ao portador.

Maiores desenvolvimentos sobre o instituto do salmão têm-se no tomo referente à sucessão testamentária. A época "fusionante de civilização", em que vem à tona o moderno titulo ao portador, é também aquela Idade Média, em que surgem os testamenteiros e os testamentos contemporâneos.

§ &664. Classificação provisória das cláusulas ao portador e a construção dogmática 1.ESPÉCIES DE CLÁUSULAS AO PORTADOR. Para orientação inicial teríamos de adotar, provisoriamente , distribuição das cláusulas ao portador?

Meramente dogmática, descuraria a historicidade. dos fatos; meramente histórica, seria cronológica, ou por povos, e desatenderia à natureza dos fatos em suas diferenças.

Mas é possível terem-se em vista o aspecto histórico e o dogmático, tanto mais quanto a sucessão histórica se presta a isso.

2. UMA DAS TENTATIVAS. II. BRuNNER <Beitrigezur Geschichte und Dogmatik der Werthpapiere, *Zeitschrift filr das gesarnte Handelsrecht,* 22, 103 s.) dividiu as cláusulas em quatro categorias: a)Cláusula de exação. *Tibi aut cui dederis ad exigendum,* ou *tibi aut cui cautum in manunt erniseris.* Contém, de certo modo, mandato de exigir.

b) Cláusula de representação: *Tibi aut rui hoc scriptum vice tua* ou *pro parte tua in manu paruerit.* Assume o nôvo. portador o papel de representante, e o escritor reuniu essa cláusula e a primeira na designação global de

"títulos ao portador com cláusulas limitadas ou qualificadas" (beschrãnkte oder qualifizierte Inhaberklauseln). As duas categorias

que seguem são a dos verdadeiros títulos ao portador, e a das cláusulas ilimitadas (unbeschrãnkte).

c) Cláusula ao portador alternativa: *Tibi aut rui hoc seriptum in manu paruerit.*

Não vemos em tal classificação grande ,valor científico. A primeira e a segunda podem estar na terceira categoria; a primeira poderia envolver cessão, e assim por diante.

Além de tais cláusulas, muitíssimas existiram, que difícil, se não impossível, fôra incluir em qualquer das que H.

BRuNNER referiu .

Nem lhe vemos valor histórico: na mesma época encontram-se, por vezes, a cláusula *ad exagendum* e a alternativa, a de representação e a pura.

3.OUTRA TENTATIVA. ARNALDO BRUSCHETrINI atendeu à cronologia: até o século X, a cláusula visa iludir a proibição de cessão e de representação judiciária, e tem três tipos: *ad ezigendum,* representativa, alternativa. Do século XI em diante surgem todas as cláusulas (A.

BRUSCHETTIN!, *Trattato dei titoU ai portat ore, 44* s.). Não nos parecem úteis tais seriações; essa, porém, tem o mérito da divisão histórica. Aos nossos desígnios o que nos importará, por agora, será o exame direto; mais tarde, as espécies de títulos ao portador.

4.A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA: A VIDA E AS GRANDES TEORIAS. O título ao portador nasceu da Vida, diretamente. Para que insistir nisso? Quase todos os institutos, criou-os a Vida, mais audaz pela mudança maior das circunstâncias exteriores do que o próprio Homem, que ama estabilizar as coisas. (O cérebro é mais estável que o meio exterior.)

r

À prática quase sempre sucede o processo teórico e legislativo das instituições. Mas é de notar-se que os mesmos que iniciaram o nôvo uso, a nova categoria jurídica, atenderam a outros princípios vigentes, similares, que lhes inspiraram, se não a criação perfeitamente legal do

nôvo instituto, ao menos a sua feição não repugnante às idéias da época. Não se tira *ex nihilo* a cambial, para se entregar, como fato sem precedentes, aos negociantes. As necessidades inspiram, aos poucos, as novas práticas; não as suscitam de pronto, ao poder divinatório de um *Iiat* (A. ELEUTREROPOULOS, *Soziologie,* „78 s.) O primeiro impulso é o de recorrer-se ao que já se faz; só a insuficiência do que há conduz à criação.

Muitos institutos, que já conseguiram regras especiais nas leis, são meros embriões, formas instáveis, em pleno desenvolvimento, em constante modificação de pormenor. Exemplo, frisantíssimo, aliás, temos nos títulos ao portador; e, para não nos distanciarmos muito, basta que observemos, no Brasil, a sua prática, a sua legislação transitória, a jurisprudência que a precedeu e a seguiu, e, por último, as generalizações da lei civil recente, que são como que incentivos a provocar, sob

os seus enunciados, a evolução do instituto, à medida que o exigirem as necessidades econômicas e comerciais.

As gerações que viveram na primeira metade dêste século viram surgir, no Brasil, instituto nôvo, que a prática sugeriu e a legislação acabou por inserir, legalmente, no sistema jurídico, quase sem perceber o que fazia, de nôvo, para o mundo. Referimo-nos às duplicatas mercantis.

A evolução do gênero repete-se nos individuos: a principio, os expedientes, como vimos entre os Assírios e outros povos antigos, e só mais tarde o instituto. Assim na evolução individual das sociedades, quer se considere objeto de observação o mundo germânico, o francês, o italiano, o espanhol, o português, quer o brasileiro. O

contemporâneo que ilude a lei com deixar incompleta, por falta do nome do tomador, a nota promissória, a que, como sabemos, se não permite a cláusula “ao portador”, pratica ato sociologicamente idêntico ao daqueles Assírios que, conforme os documentos do Louvre, negociavam os títulos de crédito com pessoas desconhecidas ao devedor, habitantes de outra cidade, a fim de que *qualquer* portador pudesse reclamar o pagamento mediante a entrega do escrito. ~ Para que, pois, empanar-se a realidade e atribuir-se só aos povos germânicos o instituto? A humanidade não se realiza em Atenas, nem em Roma, nem em Londres, nem em Paris, nem em Nova Iorque, nem em Moscou, nem em Pequim, mas no Homem.

Antes de estudarmos os fatos e as espécies de títulos ao portador,

devemos examinar as teorias que têm pretendido a construção dogmática da abstrusa figura jurídica. Muito se pode tirar, de ensinamento) na simples verificação exterior, imparcial, a que nos leva, por fôrça de sua neutralidade, essa simples discriminação conceptual. Não nos preocupemos com as classificações rigorosas, pois que se nos afiguram artificiais: uma teoria poderia pertençer a duas ou três classes diferentes, e só seria possível alcançar-~e alguma exposição sistemática se miudeássemos as espécies. Daí a resolução que tomamos: enumerá-las, umas em seguida às outras: às vezes, preferidas, na prioridade, as afins, ou parecidas; outras vezes, as mais antagônicas.

Cumpre, todavia, antes de empreendermos a classificação das teorias, esboçarmos a história da doutrina. Os que se interessam apenas pelo exame atual do título ao portador e não desejam aprofundar indagações, podem, saltando os números seguintes, iniciar-se logo na discriminação teórica. Os que apenas procuram explicação prática das regras de lei, desprezem tais informações históricas, propedêuticas, e busquem a exposição respectiva.

Mas será falho o saber.

As teorias sobre a natureza do titulo ao portador

1.LEI E INTELIGÊNCIA DA LEI. Quem se satisfaz com a leitura das leis, para resolver, procede às cegas. Não há homem mais insensato do que o jurista de métodos apriorísticos, o jurista que se reputa capaz de resolver porque tem um texto diante dele. Direito é ciência que exige estudo sério.

O homem que pensa saber sem estudar, esse é um audaz, de que os Códigos Penais se esqueceram. preciso estudar para saber; é preciso saber para não errar.

(Vivendo, então, há vinte e tantos anos, em assíduo estudo do Direito, juiz de testamentos há anos, quando tive de sistematizar no *Tratado dos Testamentos* o direito testamentário, verifiquei erros inconscientes que praticara, e espantava-me ver, no Juízo, pareceres de jurisconsultos redigidos durante a manhã em tom definitivo sobre questões que meditava, debatendo-me, há meses.

Mais ainda me espantou, em 1931, a leviandade com que se improvisaram comissões para a revisão total das nossas leis, a toque de caixa, às vezes por pessoas que nunca deram, em livros, ou

monografias, prova de si. Pior do que os congressos políticos, falsificação audaz, audacíssima, de técnicos.

O critério opinativo o que me parece é facílimo. O critério da verdade jurídica, esse é difícil.) *r*

2. PLANOS DE CLASSIFICAÇÂO DAS TEORIAS. (a) A classificação das várias teorias conforme o critério, formal ou material, não se nos afigura suficiente. Ao final, entalhado o plano, como em J. E. KUNTZE *(Die Lehre von den Inhaberpapieren,* 1, 179 s.), vê-se que a disposição das várias interpretações em *teorias descritivas* e em *teorias dogmáticas* se resolve em simples medida da maior ou menor preocupação dos escritores em responder ao porquê da natureza econômica ou jurídica do título ao portador. Não nos parece de grande alcance tal verificação da intensidade do caráter especulativo ou prático das construções intentadas, ou de simples idéias expendidas, às vezes a espaços, outras incidentemente. Muitas concepções práticas encontram lugar entre as teorias dogmáticas, porque a prática, a ação , e, *a jortiori,* o pensamento prático, nada mais são que o modo mais concreto de pensar.

Dai preferirmos a classificação das teorias dogmáticas, como classificação geral: a) a *teoria da publicidade* ou *teoria do caráter público* (J. C. GENSLER, *E.* SCHELLWITZ, F. STAHL, F. voN SAvIGNY e, de algum modo, N. T. GÔNNER e Fa. NEl3ENrnS; b) a *teoria mercantil:* CHE. FR. VON MI5RLENBRUCII, que mais se esmerou em acentuar a qualidade de mercadoria (Waarenqualitãt der Urkunde) observável no papel inominado, E. W. PFEIFEER e J. *E.* BENUER, CHR. E. Rocu e J. A. SEUFFERT (precursores, E. F. SOTJCHAY e KARL

EINERT) c) a *teoria civilistica :* tem por objeto a explicação do fenômeno dentro do direito privado, principalmente das obrigações. Aí se con

gregam quase todos os demais escritores. Mas perguntamos ~que valor científico possuem tais classificações? A verdade terá de circunscrever-se a uma delas e faltar, por completo, nas outras? Não cremos, sinceramente, que assIm seja e pudesse ser.

(b) Classificou RENÉ WORMS *(De la Votonté uniUtérale,* 150 s.) as teorias, que se propuseram explicar o fenômeno jurídico dos titulos ao portador, em quatro grupos de sistemas: a) pura série de contratos diretos entre o devedor e todos os portadores; *b)* contrato entre devedor e primeiro portador, seguido de série de cessões, pelas quais o crédito passa desse primeiro tomador ao último; *c)* contrato entre

devedor e primeiro portador, contrato sobre o qual se apoiaria a declaração de vontade unilateral que ligasse o devedor aos portadores ulteriores; *d)* enfim, obrigação *(engagemeflt)* coletiva do devedor perante todos os portadores ao mesmo tempo, obrigação, essa, criada por simples manifestação unilateral de vontade.

O primeiro grupo compreende o sistema, atribuido a KARL EINERT, pelo qual o contrato se realiza entre subscritor e o público, o sistema de LEVn4 GOLDSCHMIDT e os de outros, em que o contrato se opera entre o devedor e os próprios portadores, representados pelo próprio devedor, ou pelo primeiro portador.

O segundo grupo pensa em contrato único, entre devedor e primeiro portador, do qual, depois, transfere esse o benefício aos outros portadores: por meio de cessão, delegação, novação, sub-rogação convencional, ou sucessão a título singular do último portador nos direitos do primeiro portador.

Terceiro grupo: o dos sistemas que vêem no título ao portador contrato com o tomador e declaração unilateral de vontade em proveito dos portadores ulteriores. Mera estipulação a favor de terceiro.

Quarto, finalmente, a dos que reconhecem o efeito vinculativo da declaração unilateral de vontade. Mas aí RENÉ

WORMS confunde subsistemas; não viu a diferença entre J. E. RUNTZE e E. SIEGEL, isto é, entre a *teoria da criação* e a *teoria da redação* ou a *teoria da promessa.*

3. UTILIDADE DO ESTUDO DAS TEORIAS. Não se diga que a multidão de teorias, que se empenharam em explicar o mecanismo jurídico do título ao portador, foi improfícua, sem qualquer utilidade prática ou doutrinária.

Em que pêse aos espíritos apegados às soluções casuísticas, que se saciam com a jurisprudência defeituosa e com ela variam como de roupa, nenhum esfôrço espiritual se perde quando o intento desse foi descobrir o fio da verdade. Não temos razões para descrer da sinceridade dos formuladores de teorias, alemães, austríacos, franceses, italianos; há, realmente, entre elas, construções sérias, que embora imperfeitas no pormenor são admiráveis no conjunto; e exemplo disso temos na teoria de J. E. KUNTZE, pela qual se guiou e, diremos até, se plasmou, o Código Civil alemão. Longe de nós a irreverência de ilustre escritor nosso (E. INGLÉS DE SOUSA, *Títulos ao*

portador no direito brasileiro, 119) que (de certo sem conhecer, diretamente, os livros, a que atirou os baldões da sua crítica), pôs de lado tôda uma literatura de inegáveis proveitos práticos, para proclamar. “a desnecessidade de formular teorias mais ou menos esdrúxulas, mais ou menos fantasistas, que podem convir a metafísicos alemães, sempre em busca de generalizações não sem perigo, mas que perturbam e dificultam, sem vantagem de espécie alguma (9, a visão clara do problema prático cuja resolução o Direito pretende dirigir e encaminhar”. Esqueceu ao comercialista brasileiro que ele mesmo, em suas peregrinações pelos livros franceses e italianos, colheu algo de prático, de imediato, de útil, meros frutos das generalizações, que ele exprobrou, e frutos que já nos chegaram viciados pelo trato de muito escritor secundário, a que emprestara excessivo crédito.

Esqueceu ao professor de direito que, até hoje, ninguém trouxe maiores esclarecimentos e aquisições científicas de indiscutível valia A doutrina e à prática dos títulos ao portador, que J. E. KUNTZE, de quem, teôricamente, discrepamos, mas de quem, nós, como todos os que trataram o assunto, extraimos, não só informações históricas *r*

inestimáveis, como concepções geniais. Os livros em que bebeu o comercialista a sua meia-ciência não são mais, quando modernos, do que compilações, diretas ou em segunda mão, cópias medíocres, às vezes ridículas, dos J.

E. KUNTZES, dos E. SIEGELS, dos E.O. LEHMANNS.

Os grandes livros, ele os desconheceu.

Aí estão as legislações e a jurisprudência de quase todo o mundo inclusive o Código Civil brasileiro para atestar a eficiência prática daquelas generalizações, que constituem verdadeiros estados necessários à formação de doutrina definitiva em seus traços gerais.

Descreamos dos práticos, dos que olham com desdém as demonstrações, os esforços explicativos, a discussão dos fundamentos históricos e científicos. São expositores, que ou evitam opinar (temos alguns exemplos ilustres disso na literatura jurídica brasileira), ou dão por paus e por pedras, a tirar de si, do seu “bom senso comum”, as soluções que gerações e gerações, nos povos de responsabilidade científica, procuram tirar dos fatos.

4.As PRIMEIRAS TEORIAS. As velhas teorias, nós preferimos distribuí-las, à semelhança do que fez J. E.

KUNTZE, conforme as nacionalidades, não porque existissem, entre elas, consideradas em relação à procedência étnica ou cultural, divergências acentuadas, mas, apenas, para evitarmos o critério cronológico, que nos levaria, e aos mais de nós, à crença em evolução geral da explicação dogmática do instituto. Essa evolução geral não se fez em linha reta, de modo que justificasse a classificação pelo tempo, nem se poderia postular a homogenia das doutrinas e da prática. A evolução histórica dos títulos ao portador não se confunde com a evolução da idéia nos tratadistas. Aquela se há de recompor, cronologicamente ; não, porém, essa, porque os recuos e os avanços desfariam quaisquer visões históricas de conjunto, salvo dentro de cada uma das culturas, francesa, italiana, holandesa e alemã (inclusive austríaca>.

3.666. As velhas teorias (francesas e italianas: Joanfles Galius. N. Boerius, Petrus Rebuffus, C. Molinaus, Savary; 13.Straccha, F. Mantica, 5. Scaecia)

1.TEORIAS FRANCESAS. (a) JOANNES GALLUS (ou GALLI, LE COcQ), que foi *advocatus regius,* no parlamento de Paris, e morreu na primeira metade do século XV, fazia-se <*Decisiones,* q. IV) a seguinte pergunta: "An latori instrumenti fienda sit munítio manus?", e respondia: "Dic si procedat via actionis, non esta manus munienda: quod facere potest, si obligatio sibi (isto é, ao *port itor instruinenti)* sit facta, etiam mortuo principali: quia ins est sibi quaesitum cum obligationi est adiectus". Antes de JOANNES GALLUS, já DESMARES (morto em 1383) escrevera sobre isso, e nele se encontra, junto à autonomia do portador, o contraditório *Honime mml n*"*a porteur dc lettres;* morto o mandante, extinto o mandato.

(b)NICOLAU BOÊRIUS (N. BOVERY ou N. BoYER), primeiro editor das Novelas de Justiniano, nascido em 1469, no livro *Deczszones* (269), sustentou que um procurador do credor precisa de poderes expressos ou apenas do *instrurnent~zm obligatio*"*nis,* em que o devedor declare pagar "illius delatori s. portatori".

(c) Surgiu, após, PETRUS REBUEFUS *(Commentaria in Constitutiones s. Ordinationes regias,* 1, gI. IX, 28, 33

e 84), que assentou achar-se sob presunção jurídica o apresentante de documento probatório de obrigação, quer se trate de primitivo credor, quer de herdeiro, quer mesmo de sucessor singular, ou de procurador constituído. No caso de pagamento, presume-se procurador o *portitor*

instrumenti. O devedor deve fazer o pagamento, ainda que o portador se apresente apenas *nomine creditoris.* A informação em nada poderia obstar ao pagamento, porque não se pode presumir que o portador tenha obtido a posse delituosamente. No caso de concorrerem ele e terceiro como portador do título, não se deve dar a esse a preferência. Foi PETRTJS UEBITFFTJS o primeiro que tratou, com largueza, do título ao portador, pôsto que a construção dele se ressinta de obscuridade e falta de sistema (J. E.

KUNTZE, *Die Lehrc von dcn Inhotntpanicren,* 1, 96). A presunção de mandato era a forma que a teoria da necessidade de circulação queria então misturar aos casos do direito vigente, que era o romano. Uma tal presunção advinha de pura necessidade lógica: não se presumir delito; presumir-se legítima a aquisição (e o mandato>. Para evitar aquela presunção ofensiva dos bons costumes e da honra do indivíduo, impôs-se a da procedência jurídica da aquisição. J. E. KUNTZE chamou a atenção para a exatidão, quiçá involuntária, dessas palavras de PETRUS REBUFFUS "Quja in instrumentis solet debitor obligari ad dandum Titio creditori velportitori praesentis obligationis, ergo juxta suam obligationem tenetur".

No sentido de adjecção, TIBERIUS DECIANUS *(Responsorum,* 172 verso).

(d) Apresenta-se depois CAROLUS MOLINAUS, glosador de JOANNES GALLUS, defensor extremado da antiga teoria. Quando o papel contém a cláusula "et au porteur", só se pode pagar ao credor mesmo, ou a quem fôr seu mandatário; todavia: "Haec est phantasia, ego dico quod sequestratio sive depositum iustius fieri debet instante latore instrumenti vi clausulae "et au por teur": Sed nou parti etiam provisionaliter nisi creditori ipsi vel *r*

docenti de sufficienti mandato, et adhuc prius dictum fallit si debitor minime suspectus offert solvere dando sufficientem apocham pro qua non sufficeret instrumentum reddere etiam cum actio executionis".

(e)SAvARY, no livro *Par fait négociant* (L. III, cap. 8--10), tratou do *billet au porteur* juntamente com os *billets de change,* os *billets en biane* e os *billets pauables à. ordre,* sem se preocupar com a determinação da sua natureza jurídica. O fato é perfeitamente explicável; o autor, frisou *J.* E. KUNTZE, não era jurista. Só lhe interessava a prática, o trato diário dos negócios comerciais, mas é de notar-se a fórmula, que insere, de um título ao portador:

"Je payeray au porteur dans III mois prochains, la somme de IV mille

liv. valeur reçúe en derniers comptans de Monsieur Langlois, etc. Pour la somme de 4000 livres".

2. TEORIAS ITALIANAS. (a) BENvENUTOS STRACCHA *(Tractatus de adjecto,* Pars YIII, n. 5-10; n. 11 e 12), foi o primeiro, dentre os juristas italianos, a tratar dos títulos ao portador. Levantou questão de se poder ou não se poder considerar como "solutioni adiectus" o portador de "instrumentum cum clausula de solvendo ei qui exhibuerit". Ainda mais: se tem direito de ação Feriu a tese agora em relação a documentos em geral se, provando o portador que lhe foi transmitido o título *animo donandi vel alio legitimo titulo praecedente et habili ad dominii transtationem,* Ltem ele OS direitos de cessionário? A tradição do título vale o mesmo que a cessão,

"quoniam huiusmodi praesumptionem, quae suboritur ex verbis chirographi, de solvendo ei qui exhibuerit, puto in hoc casu non esse inferiorem ilIa, quae colligitur ex probatione traditionis instrumentorum a domino factae".

Mas, se o apresentante é criado do credor, *domes ticus creditoris,* excetua-se a regra, porque surge, então, a suspeita de subtração, de qualquer aquisição desonesta, criminosa mesmo; só procede a presunçao, em se tratando de *extraneu.s.*

(b)FRANCISCUS MANTICA *(Vaticanae Lucubrationes de tacitis eI ambiguis conventionibus E.* VII, Tit. 9) foi breve: "Si quis exhibueri chirographum, in quo scriptum est, quod exhibenti solvatur, quod in eo continentur, tacite mandatum inteiligitur a creditore, ut possit agere et exigere". E citou, a proposíto, TIBERIUS IJECIANIJS.

Uma série de considerações amplas, e um tanto políticas, encontra-se em SícísMuNflo ScÀccíÀ, no livro *Tractatus de commerciis cl cambio,* § 11, glos. VII, n. 36, 44, 55 a 66. A teoria dele, se tal nome se pode dar às concepções, que acabamos de referir, plasmou-se em N. BOERIUS, P. REBUFFTJS e E. STRACCI-IA.

§ 3.667. As velhas teorias (holandesas e alemães): Petrus Peckius, E. Leoninus, j. Damhouder, Jacob Curtius, Petrus Gudelinus, J. A. Sande, 11H. Huber; M. Colerus, E. Cotbmnannus, Carpzov, Marcardus, Mevius, V.

Pufendorf, Richter

1. TEORIAS HOLANDESAS. (a) PETRUS PECK *(Selecti Tractatzts inris varji in materia assecurationis et cautionis,* 387-341), tratando casos de aresto, pôs entre eles o do *port ator s. lator literaruni,* e a propósito escreveu: “Solet enim Titio creditori v. portatori literarum debitur promittere, et ideo luxta suam obligationem tenetur, ita tamen □ut portitor ílle reddat literas obligatorias et cautionem indemnitatis praestet”.

(b> ELBERTUS LEONINUS *(Centurja Consiliorum,* c. 13 e 91) foi o primeiro jurista holandês que atendeu à natureza jurídica do título ao portador. Notou ELBERTUS LEONINUS que, no direito comum, a aposição da cláusula *cive qui hane s-yngrapham .feret* não confere ao portador o direito de ação, mas somente o caráter de um *solutioni adiectus;* todavia no direito costumeiro que se formou na vida comercial, a cláusula conseguiu ter maior importância. Os trechos que reproduzimos adiante são assaz expressivos para nos escusar a transcrição.

Lê-se na Cons. 13, n. 1: “Quamvis moribus mercatorum et consuetudine vis et potestas eius ampliata sit, non impedit taínen, quominus substantia obligationis fundetur in persona ejus, cuius nomine actus geritur, etiam posteaquam alius in possessionem cautionis pervenerit. Nam consuetudine hoc tantum illi clausulae tributum est, ut vigore illius si interveniat iusta causa s. titulus sine cessione ius exercendae actionis proprio nomine et ad propriam utilitatem in accipientem transeat. Ubi vero iusta causa s. ti ulus non subest, nihilominus tamen ius exigendi recipiendique solutionem ad utilitatem domíní competit syngrapham ferenti, iure mandáti, quamvis praeter literarum traditionem nuílum aliud mandatum interveniat, quod alioqui etiam subsistente titulo sine cessione, ex íurís communis dispositione transferri non potuisset. Ita quod clausulae huius vis, quatenus per consuetudinem pro faciliore commutationum seu commerciorurn exitu est ampliata, tantum versetur in relaxatione solemnitatis, qua e a jure communi in exactione vel transactione nominis requiritur”.

1

Instituto pouco conhecido em sua natureza e sem tratados especiais, o que se pode colher para a história de sua doutrina está em trechos e pequenas alusões, esparsas nos velhos livros. Cumpre ainda lembrar o texto em que trata de uma concorrência de credor e de portador cessionário.

(c)Jonocus DAMHOUDER *(Praxis rerum civilius* (Caps. 97 e 133) escreveu que o portador de obrigação cartular *r*

não precisa de mais nada que o legitime, isto é, "qui schedulam obligatoriam affert, quae expresse hunc articulum continet (vel istarum literarum portatoii"), não necessita de mais prova da sua qualidade para demandar. Quando mesmo milite contra ele motivo particular de suspeita, não pode o devedor, mas somente o Fisco, ou o primitivo credor, *literarum proprietanus,* ou procurador ou cessionário desse, pedir-lhe a prova de *justa impetratio* (= justa aquisição); porque "huiusmodi literarum portator (qui eas literas apud se habet) totius rei et causae dominus est, et cum iis literis efficere quaecumque volet, poterit: adeo ut ipse principalis ea nec revocare nec ulIo modo contravenire poterit", isto é, esclareceu J. E. KUNTZE *(Die Lehre von den Inhaberpapieren,* 1, 103), o portador como tal tem a presunção da cessão a si, pois que há consigo o título, e isso importa contra o emissor *praesumqilio iuris eI de iure.*

Como se vê do trecho citado, o jurista holandês não equiparou o portador ao credor; deu-lhe, ao contrário, a situação jurídica de cessionário, *adeo ul ipse principalis;* no entanto, no princípio, considerou o portador como *dominas totius rei cl* cansai?, e até, reportando-se a ele, escreveu: "alíator in iudicio est acceptabilis ad agendum contra obligatum vi suae obligationis". Parece que tinha em vista, nesse passo, a inteira disposição do papel e a autonomia processual; apenas pretendeu abranger os dois casos: portador e tomador.

Após JODOCUS DAMHOUDER, vem o seu anotador Nícoi. THULDAENTJS, cujas considerações não se fazem precisas ao plano desta exposição, em que a estreiteza do espaço nos circunscreve ao essencial.

(d) JAcoR CURTIUS, que viveu nos meados do século XVI, aprofundou mais o estudo da natureza do título ao portador. No livro *Coniecturas s. variae izz~-. civ. quaestiones* (L. II, Tomo 1, Cap. 35, 195 s.), JACOB CuRTrns estudou a cláusula *elve qui sygrapham ferel,* frisando ser necessário, para cobrar, que o portador *dê* o título, pois é o título que lhe confere o direito. Mas inclinou-se a admitir que o portador seja apenas procurador presuntivo.

Cumpre advertir que existe, no escrito, confusão entre o *vinculum iuris* fundamentaj e o negócio jurídico do título.

Um independe do outro, como veremos, em seu ensejo; e havemos de

notar certas particularidades, que tornam precioso o exame de JACOR CURTIUS. Procurador especialíssimo, em qualidade, é o que se lhe afigura o portador; não, procurador ordinário.

(e) PETRUS GUDELINUS, no começo do século XVII, considerou o portador, no caso de cláusula *cive qui istas yngrar pitas ferel,* como presumido *procurator in rein suam.* O direito dele não depende, portanto, da vontade ou vida do *creditor.* Essa presunção de cessão só se elide pela prova da aquisição ilegítima. O portador tem ilimitado direito de transmissão sobre o *nonzen,* como ato de direito costumeiro.

(f) J. A. SANDE, anos após, salvas insignificantes variações de pormenor, deu ao portador quase a situação jurídica de mandatário do credor, flue é então *verus dominus.*

(g) ULR. HUBER escreveu sobre o título ao portador palavras que os pósteros frequentemente repetem e merecem, em verdade, atenta exame.

2. TEORIAS ALEMÃES. (a) Inicia a série dos velhos juristas alemães, que trataram do título ao portador, MATTH. COLERUS *(De processibus executivis in causis civilibus,* Pars II, Cap. II). Partiu ele do princípio de que o portador de simples documento de obrigação, se prova a entrega feita pelo credor, pode litigar, como presuntivo procurador, em nome do credor. Atendendo ao caso especial do titulo inominado, reparou que o possuidor de tal documento não precisa, para litigar, da prova do título de aquisição.

Se não dá a prova, só se pode considerar *pro solutioni adiectus,* e não se admite, por conseguinte, em pleito;

"secus est, si de traditione probetur, quo casu ut possessor b. f. actionibus saltem iuris fictione vel praesumtione ipsi cessis utitur". Assim a prova da tradição lhe confere o direito de ação, e não só a qualidade de *solutioni adiectus.* MAnH. COLERUS firmou a diferença entre o documento simples e o munido de cláusula circulatória, em que, pressuposta a prova da tradição, o possuidor daquele se tem por mandatário, e o desse como cessionário, em oposição, assim, aos juristas franceses e italianos (J.E. RUNTZE, *fie Lehre von den Inhaberpapiereu,* 1, 108) (b)ERNESTUS COTRMANNUS *(Resonsorum e. Consiliorum ao Consultationun,* II, 51), mais amplamente, e com escrupulosidade irritante, a que associa verdadeira teia de considerações lógicas sem detida reflexão, como lhe argúi J. E. KUNTZE, compôs espécie de discussão da *função* do titulo ao portador. (Na 1.8 ed. da obra *Dos TíIuMs ao portador,* escrevemos: "A natureza

desta obra não nos permite transcrever trechos da opinião de ERNESTUS COTHMANNUS, cujo livro não encontramos, a fim de extrairmos o essencial; por outro lado, o que dele escreveu J. E. RUNTZE, ressente-se do ponto de mira, que esse escolheu. O mesmo alegamos, quanto a CÃnrzov, que exigia ao portador, não só a prova da tradição, nias a de título jurídico: "nunquam enim ex nuda traditione prasumitur vel donatio vel venditio vel alius titulus ad translationem dominii habilis". Na 2.8 ed., acrescentamos: "Conseguimos consultar o livro de ERNESTUS COTHMANNUS, que nasceu em 1557 e morreu em 1624. Tem por título *Responsorum seu ConsiUorum rui Consultationum,* □

2 a cd., II, 51. A resposta 54 (II, 51)

trata do que nos interessa. Examina a ação contra o emissor no caso de herança de titulo ao portador. Mas esse *r*

fato transíativo toma o pôsto principal nas considerações e tira isso qualquer valor ao que ali se lê. No mais, presume a boa fé do possuidor e segue a JOANNES GALLUS, CAROL. MOLINAUS e PETRUS

REBUFEUS".)

(c) B. CÃRPzOv *(Iutprudentia forensis,* 121) também exigia, além da prova da tradição, a de titulo de direito:

□. Ergo necesse est, titulum traditionis doceri, quo instrumentum devenerit ad exhibendum de voluntate domini.

Nunquam enim ex nuda traditio praesumitur vel donatio vel vendi-tio vel alius titulus ad transíationem dominii habilis". A distância, em relação ao direito alemão e brasileiro de hoje, é enorme.

(d) JoH. MÂRCARDUS tinha o portador como cessionário presuntivo, e não lhe exigia a prova de titulo nem a de boa fé. Apenas abria uma exceção para o caso de *domesticus creditons,* em que, citando a STRACCHA, dispõe que o portador preste caução.

(A obra de JOM. MARQUARDUS, ou MARCARDUS. são os célebres *De jure mercatorum et commerciorum singulari Lib. IV,* Francofurti, 1662. Nasceu em Lubeca, em 1610, e morreu em 1668. A caução, que exigia no texto referido, é de rato. Cp. Lib. II, c. 14, ns. 6 e 78.)

(d)0kw MÉvro *(Decisiones super causis ad Tribunal Wismar delatis,* II, dec. 236) ainda pertencia ao século XVII e passemos, sem mais

comento a ele, pois em nada adiantou àteoria. Não assim J. II. DE BEROER *(Electa processus ezecutivi,* 2.~ cd., 10), que, pelo menos, tem o valor da clareza e decisão, bem que inaceitável a sua explicação: para ele, a posse do título clausulado com o clássico "prometo pagar ao portador dêste documento" (die Klausel "verspreche den Inhaber dieses Scheines zu bezahlen") não basta ao direito de ação.

W.A. LAUTERBACE, MOILENBECK, S. STRYKIUS, J. F. LUDovici, .1. R. ENGAU e W. A. SCHOEPFIUS, todos do século XVIII, não merecem referência especial. Meras alusões incidentes, mal se lhes vislumbra o conhecimento empírico do titulo ao portador.

F. E. voN PUFENDOEF apresenta-se com idéias radicais, e *J.* ti. VON CRAMER, C. F. HOMMEL, C. G.

ENORR e J. E. J. MBLLER *(Promptuarium iuris novum, verbo* Briefsinhaber, 720), mal afloram o assunto. C. C.

HOFACKER, que vem em seguida, considera que a posse do papel clausulado "quod ostendenti sive b. f.

possessori solvi recte queat" basta para a ação. Mas dá RICHTER ao devedor, se há motivo para excetuar da legitimidade, o poder requerer a produção de um endôsso ou qualquer documento de cessão (cines Indossaments oder sonstiger Cessionsurkunde).

§ 3.668. As teorias alemães na primeira metade do século XIX

1. COMÊÇO no sÉculo XIX. (a) J. A. T. RIND e outros iniciaram, na Alemanha, o período a que poderíamos chamar história moderna da explicação do titulo ao portador, se procedemos *à* guisa dos que dividem a história dogmática em duas partes, numa das quais põem as antigas e noutra as novas teorias. Novas, aliás, cronolôgicamente. J. A. T. KIND escreveu algo, ao versar assuntos de processo executivo:

"Debitori liberum est, si literis etiam ita obligare, ut soluturus sit cuilibet earunden literarum s. instrumenti exhibitori. Si itaque eiusmodi instrumento insit promissio debitoris de solutione facienda legitimo exhibitori, hic ipsius promissionis potestate pro vero creditore haberi debet, isque exhibendo instrumentum perinde certus fit, ac si in eodem nomen creditons expressum fuerit. Nec debitori subdubitandi causa, numne exhibitor iusto titulo instrumentum nactus fuerit, prodesse potest, quia possessor instrumenti iure legitimus praesumitur, ac debitor iustitiam tituli in dubitationem vocans non de

suo, sed de iure tertii excipit. Etenim vi promissionis debitor solvere tenetur cuilibet veniente die instrumenti exhibenti quis-quis sit. .

O texto, que reproduzimos, dispensa comentários; as idéias transparecem: o portador é credor.

(b)J. F. REES *(Diss. juris judiciarjir Quaterus sola chirographi possessione actor ad causam legitimetur,* 16-20) fez algumas considerações que em nada reforçaram a evolução da teoria do título ao portador. Quase que só se aplicam, na essência, ao titulo nominado e com a cláusula ai portador, figura jurídica a que se reporta, hoje, o art.

1.510 do Código Civil. As idéias dele foram aproveitadas por CHR. FR. VON GLUCK, que também se apropriou da teoria de J. A. T. KIND: o portador figura como credor do título inominado (gilt hier fúr den Glâubiger), sem que seja necessária, na circulação do titulo, a cessão ordinária. O devedor reconhece, prêviamente, qualquer portador como seu credor, e, pela promessa de pagamento não estipulada, dá, de público, prova do seu débito.

Tal, em traços restritos, o que pensava CHR. Fa. VON CLÚCK (1814), desanuveado o trecho de todas as ambigijidades e das expressões mal usadas, que denunciam o vacilar da doutrina, a incerteza dos conceitos.

c) Chega-se, assim, a PH. VON BíiLow *(Abhandlungen liber einzelne Materjeu des rdmischen búrgerlichen Rechts,* 42, II, 257), a quem se deve *teoria da negação da cessão nos títulos ao portador* e a sua substituIção pelo direito do portador como tal, e sobre a declaração vincuiante do emissor: *r*

escritos de obrigação, em que se apõe a cláusula ao portador, diferem dos ordinários; nesses, o nome do credor faz-se conhecido, ao passo que, naqueles, só pela posse do documento se tem o portador como autorizado ao crédito, quando o apresentar. Não há cessão quanto aos primitivos credores; pois que, mediante a posse do título da obrigação, se cria a suposição, ou presunção, de aquisição válida. Pela emissão e recebimento do documento ao portador faz-se, junto ao contrato de mútuo, um contrato acessório, pelo qual o mutuante autoriza o devedor, e esse se obriga a fazer o pagamento a qualquer possuidor do escrito, sem querer maior legitimação, O mutuante renuncia a todas as ações contra o devedor no caso de ser feito o pagamento por esse a qualquer portador, sem distinção quanto a ter chegado à posse por meio legítimo ou ilegítimo. De modo que o título pressupõe, sempre, o contrato fundamental.

(d) Com a mesma - explicação surgiu J. C. GENSLER *(Handbuck zv Martin‟s Lehrbuche des deutschen gerncinen Processos,* nota 100) : “Para a prova de uma cessão basta a posse de um documento particular de obrigação”.

(e) Depois, H. SCRELLWITZ (1824), estimulado pelas idéias de KARL EINERT, quanto à cambial, atendeu à função dos vários títulos inominados *(e. g.,* bilhetes de banco, apólices públicas, letra de câmbio ao portador:

“Forma et fine naturam pecuniae probari defendimus, ilIa quidem, quum confessionem, quemcunque detentorem pro vero domino habendum esse, et pollicitationem recipere debeant, solutionem cuique detentori esse praestandam~‟. Mais adiante: “Finem cautionum publica-rum non possumus non in eo quaerere, ut instar pecunise verae et manu in manum migrent. Alioquim cur nnfl certis scribebantur personis, cur nuila opus est soleunitate ad transferendum dominium talium obligationum?”. 1-1. ScHEI ± wíTz *(Dias. De cautionum publicarum imprimia pereg rtrararntm v~ o dicationú dissertatio,* 15 e 19) mostrou todos esses documentos como “pecuniae varias species externa quidem forma diversas, indole autem et efficacia congruentes”.

(f) Em seguida (1825), E. XV. PEEIFEER frisou não haver diferença entre o *título inorninado* e os demais *títulos hereditórios* . Apenas, naqueles, o subscritor ou emissor se obriga, pela cláusula, que nele se insere, a pagar a *qualquer* possuidor do escrito, sem consideração à propriedade dele. O documento fornece prova, que não influi no princípio ou formação material da relação jurídica do contrato de mútuo. Mais: o título pressupõe o contrato de empréstimo e constitui documento probatório. Talvez se note a imprecisão, a feição contraditória dos dizeres; antes, na análise do texto alemão, notou-oS. E. KIJNTZE:

“Chamo obscura tal exposição, porque PFEIFFFR limita a característica do título ao portador pela legitimação do possuidor para recebimento da prestação, e no entanto fala da vinculação (Verpflicbtung) do emitente a qualquer possuidor”.

(g) Depois, A. S. ROM *(Uber den Fxeeutirproce.Qr Nnd die Wiederklage,* 2~a ed., 26) fez considerações gerais no mesmo sentido, em que acentua a idéia de uma pressupõe da qualidade de portador de boa fé em todos os possuidores.

Marca-nos o aparecimento das idéias de N. 9‟. VON (UINNFR era de

notável discussão, na história das teorias do titulo ao portador. A simples posse de documento de obrigação não prova que se seja o proprietário do crédito; a prova de título jurídico (Rechtstitel), pelo qual tenha passado do credor anterior ao que, agora, tem em seu poder o documento. Para segurança do nôvo credor (9. a transmissão do crédito *mio* pode efetuar-se pela simples tradição do escrito, mas deve, muito em relação à origem deles. Aliás, a sua observação merece acolhida, porque, em verdade, se é que o Estado, ao emitir o papel-moeda, não recebe outro papel *(?),* como se insinua, o que nem sempre se dá, nos títulos ao portador a entrega se faz, na maioria dos casos, para pagar serviços, obras, juros e compras. Isso mostra, à evidência, a mesmeidade essencial, ainda *ab origine.* O negócio jurídico fundamental, *básico,* subjacente ou sobrejacente, é quase sempre um do que faz do título ao portador papel-moeda convencional. Um e outro têm a mesma facilidade de circulação.

N.9". VON GÕNNER e E. E. SOUCHAY invocaram CARL SUL. MENO VALETT *(Aihr1iúhea Lehrbnch des praktischen Pandektcnrcehta,* II, § 470) ; mas J. E. KUNTZE *(fie Lehre* von *den Inhalxrpapieren,* 1, 128, nota 5) mostrou que ambos não o entenderam. C.ARL SUL. MENO VALETT exigia que o cessionário produzisse a prova da cessão, não o livrando disso a posse, mesmo se há a cláusula ao portador.

A idéia do papel-moeda convencional supõe convenção e moeda. Isso não tira o valor expressivo da adjetivação.

Menor, contudo, é o da última proposição; porque a facilidade da circulação é evidentemente maior no papel-moeda.

3. E. E. voN Rsnsroar. Tem-se, depois, F. F. VON REESTORE, que apresenta o esbôço de uma própria, com a qual reconduz o pensamento às velhas teorias da *praesumptio ceaazonarzt.* Títulos ao portador, diz ele, são documentos de dívidas, para fazer prova de relação obrigacional do devedor. Diferem de todos os mais documentos dessa espécie em que, neles, se nomeia credor não-determinado, e se promete pagamento, em geral, *r*

ao portador (F. E. VON KERSTORF, *tYber die Schutz,nittel des Fiqenturna an Papureu* au porteur *in Deutschland,* 32). No título de emissão do Estado em que se após a cláusula ao portador há a particularidade de parecer serem inseparáveis a posse dele e a do direito de crédito fundamental, que nele se prova.

De tudo vemos, continua o pensamento de F. F. VON RER5TORF, que

tais papéis têm de comum com todos os outros documentos de dívidas serem considerados em dupla relação jurídica, como coisas corpóreas em si e por si (an und flirsich), e em tal caso subordinadas à doutrina da propriedade, e como relação juridica obrigacional, constituída por eles.

A diferença, entre a relação jurídica obrigacional existente nos títulos ao portador e a que há nos documentos ordinários de dívida, está em que, naqueles, não se determina quem é o credor: o devedor, precisamente pela declaração geral *au porteur,* reconhece prêviamente, como legitimado *ad causam,* contra si, qualquer eventual portador ou apresentante. Só então cessa, contra o devedor, a *legitimatio ad causam.* Sem dúvida, a *legitimatio ad causam* é o único fundamento, porque, nos outros documentos, a cessão está sujeita a certas formalidades externas, ao passo que, nos títulos ao portador, é a dispensa da *legitimatio ad caus rim* que faz possível inteira exclusão das formalidades, embaraçantes, da cessão (F. E. voN KERSTORF, *tYber die Schutzmittel des Figentume an Papieren* au parteur *iii Jleutschland,* 45). Pela excepcionalidade da cessão em casos particulares, não se derroga a sua significação íntima; materialmente, não se faz preciso haver a cessão, para que se transfira a outrem o direito de crédito, porque não se estipulou a sua existência por forma externa assim sensível. Tem-se de considerar o detentor do título, em suas ligações obrigacionais diversas, isto é, quanto ao devedor e quanto a terceiro: a) relação jurídica do possuidor com o devedor :tem aquele, perante esse, a *praesumptio cessionar ii; lO*

relação do possuidor com terceiros: aí, a questão principal está em saber-se *se* e *quando* o possuidor goza da *pi-aesumptio cessionarji,* em relação a terceiros. A simples *corporis detentio* não lhe dá, absolutamente, contra terceiros, a *praesumptio bonae fidei possessionis.* Ao direito de posse junta-se o direito de crédito de que se trata, representado (!) pelo objeto da posse, e mantém-se ao réu o *jus possidendi,* apoiado em preestabelecida cessão do direito de crédito, sem necessidade de formalidades, porque a tal espécie de cessionário se dispensam.

O que acima reproduzimos do livro de F. E. VON KERSTORF mostra o esfôrço com que ele procurou explicar os títulos ao portador.

4. Fa. NEBENIUS, H. RENDER E RUCHER. Vem, depois, ER. NEBENTUS *(fie 6/ fentliche Kredit,* Cap. IX,

§§ 6-S), para quem o portador é considerado como credor. Perfaz-se,

disse ele, a transmissão do crédito pela simples tradição do papel, sem ser necessário nenhum documento de cessão, nem publicidade. Tal particularidade se funda na natureza da coisa. Onde quer e por onde quer que circule o título ao portador, será o possuidor considerado como proprietário perante terceiros. A reivindicação de tais bens, por parte de qualquer possuidor antecedente, desapossado sem sua vontade, não se pode exercer contra possuidor de boa fé.

H. BENDER *(Der Verkehr mit Staats‟papieren im In- und Áuslan‚de,* § 35), emitiu algumas considerações, em parte suscetíveis de encaminhar, melhor, as indagações doutrinárias: "Em si e por si, os papéis públicos ao portador nada mais são do que representantes da soma, que um Estado recebeu de seus credores e tem de reembolsar, em certo tempo". A circulabilidade deriva da própria natureza deles. Os títulos públicos, e em particular os clausulados ao portador, são mercadorias. Por isso não se lhes aplicam as normas romanas da cessão.

A propriedade passa com a posse. Na, posse está *legitirnatio ad causam.* A simples posse legitima o portador, que pelo fato de ter em mão o papel é considerado, no comércio, como portador legítimo presumido.

KARL F. E. BUCHER *(Das Recht der Forderungen,* § 29) seguiu os que viam no portador simples cessionário presumido.

5.C. SCHUMM, R. MAURENERECHER E OUTROS. Chegamos então a C. SCHUMM.

O título ao portador, mercê da própria cláusula, que *e* distingue, declara que cada um dos portadores, um após outro, será, durante o tempo de sua posse, o credor. Concebe-se, pois, *ú* título por documento em favor de cada um dos portadores, a que o devedor é obrigado a prestar o prometido na época que se prefixar. O subscritor não pode discutir o direito de propriedade do portador posterior (C. SU‟I4UMM, *fie Amortisation verlorener, oder sonst abhanden gekommener Schuldurlcunden,* 65 s.). A isso está obrigado em virtude da *estipulação,* pela qual consideraria e trataria o portador, que apresentasse o titulo, como seu verdadeiro credor, prescindindo de mais indagações sobre isso, como sobre a legitimidade do documento produzido. À posse do título está unido o direito de crédito, e só-mente o possuidor, como tal, pode ser considerado por habilitado a exigir. Se o devedor paga, desonera-se; pode defender-se em quaisquer ações promovidas por terceiro que se considere legítimo adquirente do título; só o portador é que se pode considerar o *dominus tegotii,* o verdadeiro credor, porque,

com a posse, adquire o direito de crédito (C. SCHUMM, *fie Amortisation,* 65 s.). Não importa ao subscritor quem seja, nas *r*

relações externas, o adquirente legítimo do título: porque só lhe interessa a qualidade de portador, independentemente de outras condições. Também nas relações com terceiros, o possuidor do titulo é tido como proprietário, pois esse é o intuito que preside à emissão de títulos ao portador. É mediante tal presunção que se estabelece a facilidade circulatória. A alusão à presunção reaparece, mas C. SCI-IUMM encontrara um pouco mais.

Os títulos ao portador não asseguram ao possuidor deles apenas presunção de propriedade, pela qual fique autorizado a fazer valer o seu crédito, mas o que bem mais é declaram-no como tal (". . . sondem sie erklären ihn aIs solchen"). Não pode reclamar pagamento, porque se presuma proprietário do título e de tal presunção nasça o ser autorizado a receber, *mas porque o fato da posse 11w confere.* Emissão de titulo ou recebimento por parte do primeiro credor, de tais fatos independem as situações posteriores. No título m‟esmo fica visível a *declaração,* cheia de conseqüências de que pode qualquer portador ser considerado, pelo devedor, como o verdadeiro credor, e como tal deve ser reconhecido e respeitado. Tendo-se em vista a existência ou conclusão da relação jurídica, o título é meio de prova, e o direito de crédito não se considera absolutamente por sua existência e posse. Daí ter-se de admitir o ataque à posse. Mas nenhuma exceção pode ser oposta se não concerne à pessoa do apresentante; e isso, frisou C. SCHUMM, é deveras importante para a circulação do título ao portador, como o é no direito cambiário. Na transmissão da obrigação de um título ao portador não se requerem formalidades, senão o fato simples da tradição do papel. A pessoa que adquire o crédito não precisa, para segurança, de nenhum aviso, ou notificação ao devedor; nem tão-pouco, por ignorar a transmissão, fica o devedor ligado ao portador anterior: e isso porque não tem mais a posse do documento e não tem, *ipso facto,* o direito de crédito. Achada a posse, extingue-se por igual o direito, cuja existência *pro tempore* em portador dependia da vigência da situação possessória. Ainda que o devedor pagasse ao legítimo dono, não se desoneraria. Daí ter de efetuar o pagamento à pessoa que não tem posse legítima. Somente ao portador, como tal, o subscritor tem de pagar (er nur dem Inhaber, als soichem, zu zahlen sculdig ist).

C. SCHUMM tocou o ponto principal: o da transmissão do próprio crédito. Teremos de mostrar o que verdadeiramente se passa e então poderemos reconhecer às expressões de C. SCHUMM ("Ubertragung der in einem Papiere *au porteur* beurkundeten Forderung") o alcance

que tiveram. Ao citá-las, J.E. KUNTZE *(Die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen* au porteur, 1, 134) pôs interrogação. Tinha razão para fazê-lo, aquele tempo.

Em substância, a teoria de C. SCHUMM é a de N. T. VON GÕNNER, e notou J. E. KUNTZE que aquele pôs de lado o instituto da cessão e o fenômeno místico de deslizar o direito de crédito, das mãos de um às mãos de outro.

Mas há na explicação de C. SCHUMM a mesma referência à escorregadia transmissão de direitos.

Segue-se a teoria de ABR. SCHWEPPE, que merece classificação dogmática, e não apenas cronológica. Após vem a de CARL AUGUST GRtYNDLER *(Polemik des germani.schen Rechts,* 22-24 e 84), que é simples mescla de idéias de N. T. VON GÓNNER e SOUCHAY: transmissão simultânea do papel e do crédito, e concepção do título como espécie de papel-moeda convencional.

R. MAURENERECHER afinou o pensamento pela teoria de C. SCHIJMM: obrigação ao portador chama-se aquela pela qual qualquer pessoa que apresente ao devedor o título se considera credor. O pagamento depende da posse do papel. O portador cobra no próprio nome, e não cessionário.

1<. FR. ETCHHORN *(Einleit q in das deutsche Privatrecht,* 4~a ed., § 191) tinha o título ao portador como papel que se transfere sem cessão; e assim o caracterizou.

CHR. FR. vON MÚHLENBRUCH *(fie Lehre von der Cession der Forderun.qsrechte,* g~a ed., 285 s. e 460) procurou investigar a relação jurídica, e escreveu: "Os papéis inominados contêm em si obrigação a credor indeterminado. Isso se opõe, todavia, aos princípios do direito romano das obrigações. Mas, se é certo que a aplicação dos princípios do direito romano, onde é de necessidade que se observem estritamente, leva à regra de que tais *instrumento. discreta,* onde falta o nome do credor com a *causa debendi* (coisas que, rigorosamente, não se separam), não podem ser tidos como juridicamente eficazes, também se há de reconhecer que, onde alguma lei particular ou os costumes o permitem, poder-se-ão utilizar tais criações, similares do papel-moeda. No comércio, principalmente. Ésses documentos ao público não têm, integralmente, a natureza do papel-moeda. Só na circulação se poderiam considerar mercadorias, isto é, são mais do que as mercadorias, pois correm de mão em mão. A natureza deles é jurídica. Os direitos de crédito ordinários não se transmitem, não se

alienam, como os outros objetos de direito; só há dois meios de os alienar: delegação ou cessão. O mesmo não sucede com os documentos ao público. A alienação opera-se como a de qualquer mercadoria, isto é, hão com o valor que figura no documento, mas com o preço corrente *(sondem nach dem marktgdngigen Preia)* ; pela alienação cessa todo o direito do então portador, simultânea e completamente; e a possibilidade de exceções fundadas na pessoa dele cessa em relação ao nôvo portador. Não se faz mister nenhum sinal exterior da transmissão: a simples posse traz *r*

consigo, como se dá com o papel-moeda, a prova do direito (CHR. FR. VON MtYHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte,* 3~a ed., 285-286, 458-461).

Tem-se, pois, no jurista alemão a noção nítida do fato jurídico; faltou-lhe apenas o desapegar-se da falsa noção de obrigação estabelecida, diretamente, entre subscritor e portador. Na fisionomia prática, a teoria foi perfeitamente esboçada. O que mais é de admirar é que não encontrasse empecilhos no desembaraçar-se dos princípios fundamentais do direito romano das obrigações, no que concerne à cessão, quem tão de prol versou o assunto e aprofundou o estudo de tal instituto.

De passagem, mas com traços interessantes, C. F. KOCH *(fie Lehre von demn tYbergange der Forderungs-Rech4e durch Universal- und Singularsuceession,* 40, 185 e 143) pronunciou-se sobre a natureza do titulo ao portador. Pela cessão, diz ele, não se pode transferir direito sobre coisa, mas tão- somente direito de ação (Klagrecht) que dele deriva; por isso, nenhuma aplicação se pode dar ao instituto da cessão quanto a instrumentos que se passam a qualquer portador e que, na circulação, se tratam como coisas corpóreas . Essa função circulatória deriva do próprio titulo. Não se trata, pois, de simples acessoriedade prática, mas de característico essencial, que não há omitir-se no conceito jurídico do título ao portador. A concepção materializante começa, pois, a penetrar os espíritos, como se fora boa saida ao labirinto das inconseqüências , das tortuosidades, indecisões e posturas, ora vacilantes, ora radicais, dos escritores dos séculos passados.

Para GEORO PHTLLIPS *(Grundstitze <les gemeinen deutschen Privolrechts, 1,* 461), o que caracteriza o papel inominado está em que se tem como credor quem o *apresenta* ao devedor: na essência, portanto, não é a circulação fácil, a venalidade (Verkãuflichkeit), o fato que há de caracterizar o titulo ao portador, mas o ser tido

"como credor" quem apresentou o papel. O que obtém a posse de cártula ao portador pode exigir o crédito nascido em virtude dela. (Assim traduzimos, livremente, para conservar o incidente gramatical, o texto do escritor.) Mas advirta-se dela, posse, ou dela, cártula? Pode referir-se a uma ou a outra; e a diversidade de interpretação leva após si a diversidade fundamental de teoria. j.Funda-se o crédito na posse, ou no titulo mesmo?

A W. BORNEMANN deve-se bom desenvolvimento da teoria de E. F. SOUCHAY, mas as considerações dele quase se limitaram a diferençar o documento simples ou vulgar e o documento clausulado ao portador: aquele pressupõe sempre *causa debendi,* e não simples acessório do direito de crédito. Sem que tenham, em si, qualquer valor, os títulos ao portador, podem ser consIderados como o próprio direito de crédito, como papel-moeda convencional (J. W. J. BORNEMANN, *SljstematMúhe Darstellung des Preussischen Civilrechts,* III, □

2 a ed., 187

s.). A transmissão do direito de crédito de um a outro faz-se pela simples tradição (Aushãndigung) do instrumento, e qualquer portador se considera legitimo possuidor.

L.DUNCRER nada acrescentou, de relevante, à teoria de C. SCHUMM e de R. MAURENERECHER. Em artigo publicado em 1841 (tYber Papiere von den Inhaber, *Zeitschrift fitr deutsches Recht,* V, 49), dizia, em se reportando à natureza jurídica do papel ao portador: os títulos são meios de prova do direito de crédito constituído, independentemente, pelo documento mesmo, por modo que o portador, com a promessa do devedor, é tido como credor autônomo. Nem o devedor se desonera, se paga a outrem, sem o titulo; nem o que se diz credor pode exigir solução sem apresentar a cúrtula.

C. J. A. MITTERMAIER <*Grundsdtze <les gemeinen deutschen Privatrechts,* II, § 274), tão conhecido do público brasileiro, por seu tratado de prova em matéria criminal, atinha-se à mesma concepção. O portador, aí, frui os benefícios da franca circulabilidade, que inere ao titulo. Quando, chegada a época de pagamento, o apresenta para receber o que se lhe deve, assiste.ihe a *presunção da juridicidade da posse* (die Vermuthung. der Rechtmãssigkeit des Besitzes). A posse de tal papel legitima, suficientemente, o portador para receber o quanto.

Temos, assim, na posse, nova le *gitimatio ad causam.*

J. 1-1. HILDEBRAND viu no portador a figura jurídica de cessionário legitimado, mas ondulava o pensamento dele, sem fixidez de substância e de forma. Apegou-se ao conceito de cessão, e reconheceu que a simples posse legitima o portador, para o fim de perceber o devido, sem que se lhe indague de ser possuidor de boa ou de má fé.

O transmitente de tal papel é tido como cedente (!) e a transmissão (9 da obrigação opera-se, aí, pela simples tradição do documento. As expressões, que emprega, são equivocas, ambíguas, falhas e contraditórias ("als Glãubiger", "ais Cessionar"; "gelten solI", "legitimirt"). A natureza da cessão dilui-se, para se permitir a cedência do crédito pela simples tradição do papel.

Fa. LIEBE, autor de escrito anônimo (1848), pôs em relêvo a natureza dúplice dos papéis au *porteur (fie aligemeine deutschc Wechsctordnung,* 90 s.) : neles, coexistem direito de obrigação e direito real. Pessoal é o direito do portador ao pagamento do papel, pois que se exerce contra o emissor. Não se há de excluir o elemento real, que se revela, principalmente, no fato da transmissão. Símile do papel-moeda, o título ao portador leva consigo o elemento pessoal. Com a aquisição da coisa, sucede-se, também no direito de obrigação (mit dem *r*

Erwerb der Sache geht auch em Forderungsrecht Uber). O papel é *principale ;* o direito pessoal, *cessorium.* Tal, pois, a concepção que brotou, mal enformada, em J. W. 3. BORNEMANN, e repercute, depois, em KUMPF (Die wirthschaftliche Natur des Darlehns, *Zeitschrift flir die gesammte Staats-wissen.schaft,* 11, 515) o direito de crédito é simples *accessonum.* Deve prestar-se atenção à importância de tais concepções, que mais adiante terão a análise crítica e consequente recomposição.

§ 3.669. Teorias alemães da segunda metade do século XIX

1.TRÊS ROMANISTAS. (a) G. F. PUCETA *(Kursus der Institutionen,* II, 330 s.), depois de assentar que o sujeito da obrigação é ligado à obrigação, de modo que a cessão não importa a transmissão do crédito mesmo, mas a da ação e do exercício dela, depois de postular a estreita ligação do sujeito à substância jurídica da relação, declara que se pode obviar ao rigorismo romano de tal princípio pela *determinação não individuol* do sujeito, de modo que ficaria incólume o postulado. Dá-se ao devedor, como opôsto, não pessoa determinada, mas *qualquer* portador do documento da obrigação, ou, ao credor, o possuidor de certo bem. Não basta existir negócio jurídico obrigacional ordinário

para que se crie o direito subjetivo ou a obrigação de indeterminada pessoa. Para obrigatoriedade, bem como para a vinculação, faz-se mister fôrça suficiente, derivada de regra jurídica particular.

Desde a Idade Média, que se tem o primeiro caso, sem fundamento, contudo, no direito romano; o segundo, porém, deriva de lá, onde vários eram os exemplos.

(b) Cabe a vez a F. vON SÂN"IGNY *(System, 53* ed., 377), que expôs: "A determinação do sujeito de certa obrigação pode incidir, imediatamente, na vontade expressa pela parte, mediante a conclusão de negócio jurídico, e também, o que constitui relação do direito comum alemão, por circunstância externa, com a qual se relacione a pessoa". Exemplo frisante é o da posse de fundos, como se dá com os ônus reais, que consistem num fazer do proprietário. Também a posse de uma coisa móvel produz efeitos semelhantes, de que é exemplo a obrigação clausulada ao portador. Pode muita vez a forma escrita da promessa de divida assumir particular importância, quanto à efetividade, se o escrito mesmo foi obtido por alguém, sem se lhe pôr o nome. Faz-se credor o possuidor, porque foi determinado como credor quem quer que o possuísse. O

devedor obrigou-se, não perante determinado indivíduo (einem bestimmten lndividuum gegentiber) pôs o conceito do credor à mercê da circulação do próprio papel. Quem tem esse, credor deve ser.

F. VON SAVICNY por ver no titulo meio de prova e ao mesmo tempo obrigação em si chegou à concepção de vontade incorporada do devedor. Quem tem o papel tem a obrigação. Do papel, em si, emanam efeitos de propriedade, que dão ao título caráter de direito real. A transmissão da obrigação não se opera, aí, em virtude de cessão, mas de tradição do documento. Com a perda do papel, morre - a obrigação. Perante o devedor, o possuidor do papel é verdadeiro credor (wirklicher Glãubiger). Não somente o é o possuidor de boa fé ou o proprietário. Por outro lado, o possuIdor não é simples credor suposto. O que possui não se presume credor: é credor.

A concepção de F. voN SÃvIÇWY, expressa em suas obras posteriores, serão mais além analisadas e discutidas; agora, com atendermos à ordem cronológica, nada mais nos cabia expor, escrevera o grande jurista.

2. KARL EINERT. RARL EINERT *<Das Wechselrecht nach. dem RediJrfni.s eles Wechselgeschãfts,* 135) levou ao instituto do título ao

portador as idéias que constituíam a sua *teoria da cambial,* fundada, como se sabe, em TH. SCHMALZ *(Kleine Sehriften ilber Reeht unel Staat,* 1, 183 s.) e V. A. WÂGNER *(Kritisches Handbuch eles in ôsterreichisehen deutschen Staaten geltenden Wechselrechts,* 1, 432). Para ele, a cambial é o papel-moeda do negociante, e a cambial ao portador, particularmente, ou o endôsso em branco, a mais perfeita e própria forma do papel cambiário. O emissor, ou subscritor, melhor diremos, obriga-se ao pagamento perante todo o público e o destino essencial do título é representar, no papel, o dinheiro corrente, para ser negociado como valor comum. O

título corre como o papel-moeda, livre, sem as solenidades das emissões. Como o público confia no pagamento, cria-se ao possuidor o direito autônomo. Quando o Estado ou um banco público emite o papel-moeda, precede à edição programa, ou edito, e esse programa, se endereça ao público. ao público, e não ao indivíduo, que primeiro aceitou o bilhete, que se faz a promessa do resgate por moeda sonante. Feita, assim, ao público, e não ao individuo, a promessa fica inalterável, de modo que as relações jurídicas intermédias lhe não desvirtuam a finalidade, não a modificam, não enfraquecem o valor, a segurança e por isso mesmo a autonomia do titulo. O

caráter público explica as pretendidas obscuridades doutrinárias. Quem adquire, depois, esse papel, invoca a *publicidade.* Quando o particular subscreve a cambial a fim de pô-la, como moeda, em circulação, falta-lhe o meio de publicar, por um programa, essa intenção de emitir.

O lugar do programa toma-o a lei, o direito cambiário geral. Posteriormente, já em 1852, 1CARL ETNERT

submeteu a exame mais detido e de maior agudeza doutrinária a questão especial dos títulos ao portador. Disse, *r*

principalmente, que a diferença entre os contratos literais romanos e os negócios jurídicos cambiários evidencia que se pôs de parte a teoria contratual dos romanos e não consideramos a cambial como o produto de convenção, e sim negócio intentado *entre* subscritor e público. Estatuímos obrigatoriedade jurídica, não só porque se não mencionou a individualidade do *autorizado* (KARL EINERT evitava a palavra *credor),* como porque não se pode mais ser obrigado a determinada pessoa. A cláusula ao portador tem o efeito, não de assimilar o direito ao papel, mas o de mostrar que o papel é moeda em mãos de quem quer que seja. Por isso mesmo, todo o direito de ação se funda, aí, na *corporis possessio* (Kõrperbesitz). O adquirente do papel obtém, com a

tomada da posse, direito próprio, autônomo, somente negociado para ele, não direito transmitido a ele. O negócio jurídico é diretamente com todos, e não especialmente com um: apenas *cada um* adquire, por sua vez, o seu direito autônomo. KARL

EINERT insistiu, porém, não em excluir, pois que, como se vê, existe em suas próprias palavras, mas em negar que existe, nas suas expressões e na realidade, qualquer idéia de contrato. Trata-se, pois, ao seu parecer, de promessa ao público. Não é mais o KARL EINERT do contrato com o público, do papel-moeda *convencional,* mas outro KARL EINERT, que continua de ser o que era, e nega, a pé firme, que ainda o seja.

Dentre os que seguiram a KARL ETNERT, menciona-se de ordinário F. VON SAnGNY *(Obligationenrech,t,* II, 99). Não é aqui o lugar próprio para discutirmos as idéias desse. O contrato com pessoa incerta encontrou nele o defensor eminente e, quando tivermos de examinar as teorias principais, sem a ordem cronológica, que, à imitação de J. E. RUNTZE, ora nos impomos, daremos conta do que pensou e escreveu o romanista.

H. G. GENGLER *(Lehrbuch des deutschen Privatrechts,* 1, 170 s.) é o primeiro de cujas idéias nos incumbe tratar. Considera o título ao portador como o documento, em que uma pessoa se declara devedor a "qualquer possuidor ou apresentante do papel, mas também somente a esse , sem outra qualquer legitimação (por exemplo: indagar da espécie de aquisição) '~. Como princípio jurídico, assentava ele que esse papel é verdadeiramente documento probatório da relação jurídica obrigacional entre o subscritor e indeterminado círculo de pessoas. Foi o influxo de KARL EINERT e F. VON SAvIGNY.

Após se nos apresenta JOLLY (Von dem lndossament, *Archiv fiir dcutsches Wechselrecht,* IV, 374-400, e V, 37

e 79), a quem se deve a mais radical concepção do contrato com pessoa indeterminada. Existe, para ele, nós títulos ao portador, promessa de pagamento a sujeito *in abstracto.* Mas ~que é sujeito *in abstracto?* ~Precisa-se considerar abstrato o sujeito da relação jurídica que ainda não foi determidado?

Os endossos dos títulos à ordem têm o mesmo efeito. Em princípio, coincidem a transmissão do direito pelo endosso e a que se realiza pela tradição do papel ao portador. Apenas, numa espécie, mais fraca é a expressão da transferência do direito do que na outra; nos títulos ao portador, a *abstração* do sujeito é completa, embora ele exista. Não

temos, pois, sucessividade de sujeitos, mas *identidade;* varre-se, por inteiro, a noção de *sub-rogação* ou *sucessão singular,* adota-se a de *individualização ,* noção ampla, subjetiva, em que se realiza a possibilidade jurídica do sujeito *in abstracto.* O título é considerado como a simples forma da obrigação (ais blose Form der Obligatio). O credor é sujeito *in abstracto;* as pessoas, que outros têm sucessivos credores, nada mais se lhe afiguraram do que "informações" da individualidade abstrata do credor, que é uno.

Voltaremos, e em breve, à teoria de JOLLY, quando tivermos de analisar, de per si, as explicações dogmáticas mais importantes.

Poderíamos continuar esta exposição cronológica e apontar a J. C. BLUNTScHLI, GEORG HESELER, A.

WEBER, RENAUD, F. WALTER, II. TRÓL, R. VON JHERINC, E. HOFFMÂNN e J. UNGER, que vêm após JOLLY, e precederam a J. E. KUNTZE. Mas os tempos já são assaz próximos para permitirem a história prôpriamente dita. Devemos contentar-nos com os exames dogmático e crítico, que empreenderemos, a fim de conhecermos, não mais a exterioridade de fatos, que se sente nas dissertações históricas, mas a sensação dos verdadeiros embates, o que só se obtém na liça, na luta corpo a corpo das teorias.

Em nenhum outro ramo da ciência jurídica foram mais renhidos os torneios, nem mais audazes as empresas, nem mais profundos os ensinamentos, nem mais duradouras, talvez, as aquisições de verdade e de fé nos desígnios das investigações científicas do direito.

§ 3.670. Dados preparatórios

1. CONCEITO DE NEGócIO JURÍDICO. Antes de entrarmos no estudo das teorias modernas, devemos lembrar o que é *negócio jurídico.*

Negócio é declaração privada de vontade que *tende* a produzir resultados *jurídicos,* resultados *reconhecidos* ao querer do declarante. Entrando no mundo jurídico, faz-se negócio jurídico.

Tal o conceito certo. Histôricamente, porque *negotium* e *actus inridicus* são diferentes: aquele cria, edifica; esse é *r*

um vaso em que a plastilina se deposita. Sociolôgicamente, porque nós regramos os nossos pensamentos íntimos (religião), fiscalizamos,

censuramos, escolhemos antes de os praticar (censura moral), ou depois de os praticar (sanções morais) os nossos atos, e procuramos regrar o que concerne à nossa espera de ação, por meio de *negocia,* a que o Direito confere efeitos: o que estatuo é *lez privata;* o que os órgãos sociais (política) estatuem é *lex publica,* que coordena e reconhece a respeitabilidade *social* das *leges jrivatae.* (Sobre o negócio jurídico, Tomos 1, §§ 25, 26, 30 e 37; II, § 225, 1; III, §§ 249-252, 259 e 277).

A vontade, dentro do negócio jurídico, é o que o encarna:

o negócio jurídico é n *negotium,* na vida social, juridicamente reconhecido. Do que se quer num contrato pode haver algo que se não reconhece: aí, o querido é mais do que o negócio jurídico. Não há negócios jurídicos *sem vontade,* sem a manifestação de vontade.

2. CAUSA E ABSTRAÇÃO. Enquanto o direito exerce sobre o conteúdo dos atos jurídicos a vigilância que lhe incumbe, sondando-lhes o fundo, bem que discreta e prudentemente, haverá nulidades pela ilicitude e bons costumes, quando dissimulada a infração, e haverá a indagação da *causa.* Se, no capítulo da doação, o Código estatui exigências e limitações, que não faz a outros contratos por exemplo, A pode vender tudo que tem, mas somente pode doar metade daquilo de que poderia dispor em testamento é impossível deixar-se de ver a diferença essencial que resulta das duas causas, *debendi* <ou *solvendi)* e *danandi.* Se alguém aluga a A todo o prédio que tem, por muitos anos, ~.como poderão os herdeiros necessários impugnar a locação sem fazer vir à balha a questão da *causa?* ~ impossível abstrair-se, em geral, da causa: êste mundo imaginário de relações jurídicas *tOdas* abstratas, poderia ser assaz interessante; porém ainda não se tentou construir, e talvez não valha a pena, nem dê certo.

As figuras jurídicas fixam o *essencial à* ordem jurídica, mesmo se abstratos os negócios jurídicos. Não se nega a autonomia da vontade, máxime do testador; mas põem-se diante

das infinitas combinações das vontades humanas estradas abertas, corredores que a experiência criou e conhece.

Pode ocorrer:

a)que a vontade do testador não se enquadre com qualquer das figuras preestabelecidas (isso acontece, porque são nítidos os contornos dos tipos jurídicos e variáveis ao infinito as vontades humanas) ; *b)* que o testador se valha de categoria, para, usando dela, escondendo-se nela,

abroquelando-se com ela, obter resultados que outra figura não permitiria.

Imediatos fundamentos de direito, *causae,* muitos há: *sol-vendi causa, credendi, donandi, condictiones implendae, dotis constituendae causa.* Em regra, associa-se à relação entre credor e devedor; mas também pode haver *causa* na liberação ou na garantia de terceiro (K. voN ‚JACIJBEZKY, *Bemer/cungen zu dem Entwurfe eines BaR.,* 15).

Que é que significa, ou pode significar, para a disposição, a causa? O natural, diz E. RIEZLER (Alígemeiner Teil,1. *v. Staudingers Koinmentar,* 1, ~ ed., 401), é que a causa constitua elemento essencial da composição -do negócio. Desse modo, dela dependa a própria constituição jurídica do negócio.

são os negócios jurídicos causais. E acrescenta: “Causais são a maior parte dos negócios do direito das obrigações”. E. LANDSBERG *(Das Rechi des RGB.,* 1, 161 s.) distinguia os negócios imperativamente abstratos (zwingend abstrakte) e os dispositivamente abstratos (dispositiv abstraikt Rechtsgeschãfte). Os últimos são aqueles que só o são em virtude de regras jurídicas dispositivas: a natureza abstrata deriva da vontade dos figurantes. Dispositivos são os §§ 780 e 781 do código Civil alemão, sobre promessa de divida e reconhecimento de dívida, o que mostra não se justificar que tais parágrafos fossem, fora da Alemanha, tão mal compreendidos Quer dizer: é preciso que os figurantes façam abstrato o negócio jurídico. Os títulos ao portador, não: esses, se nem todos são necessariamente abstratos, isto 4, podem ter *causa,* ser *causais,* de ordinário são *imperativamente* abstratos, e como tais se tratam. A terminologia não é perfeita. Presta, no entanto, grande serviço classificatório.

Demais, *necessariamente* abstratos são a cambial, a transmissão da propriedade pelo sistema alemão e pelo brasileiro.

Os contratos reais também podem, lá, ser causais (E. RIEz *LER,* em *J. v. Staudingers Kommentar,* 1, 402) e no sistema jurídico brasileiro, também.

Ordinariamente , são abstratos os negócios jurídicos de remissão de dívida, de cessão de crédito e de assunção de dívida alheia. Os próprios títulos ao portador não são necessariamente abstratos; podem ser causais. Dois outros institutos possui o direito privado ambos f *ormamisticos* que também são abstratos: a promessa abstrata de dívida e o reconhecimento de divida abstrata (§ 781). Quase toda a extensão dos negócios jurídicos causais fica incólume.

É segundo o fim, a *causa,* que se decide do caráter jurídico da disposição, isto é, a *causa* precisa o grupo de *r*

princípios jurídicos, a que se submete a disposição. Se ele falta, ou a disposição não vale, ou se constitui obrigação a voltar-se atrás pela prestação do que enriqueceu injustificadamente (condicção).

§ 3.671. A teoria de Hari Einert

1.PRELIMINARES SOBRE A TEORIA. A teoria de KÃRL EINERT é a *teoria do titulo ao portador papel-moeda* (Papier.geldtheorie). Considerava ele a cambial o papel-moeda do comerciante. Emitida a promessa ao público, cria-se, nesse, a fé no pagamento, de acôrdo com as cláusulas apostas ao título. Dai a existência do direito autônomo. O tomador não pode dar a outrem mais do que tem, de modo que são idênticos os direitos de quaisquer possuidores sucessivos. Se existisse contrato entre

o subscritor e o tomador, não se poderia conceber a autonomia do direito. j,Trata-se, pois, de ato unilateral? Não foi a tanto KARL EINERT, expucitamente; a resposta tem de ser tirada dos escritos dele. Tem-se procurado precisar os pontos principais da teoria de KARL EINERT, mas por vezes se lhe empresta um pouco do pensamento moderno: *a)* o titulo não é simples documento probatório, é veículo de promessa; *b)* a promessa de pagamento é *abstrata;* independe de relação jurídica fundamental; e) não se trata de negócio jurídico bilateral (contrato), mas de promessa unilateral (declaração unilateral de vontade).

2.ANTECEDENTES. Hoje está assente que a concepção da letra de câmbio como papel-moeda vem de tempos anteriores a KARL EINERT. Já RAPRAFI DE TURRI dizia que a cambial era a moeda metálica mais pura dos banqueiros. Nos trabalhos preparatórios do Código do Comércio francês falou-se de “monnaie de crédit”, “une espêcie de monnaie, frappée au som du commerce, lancée dans la circulation générale, qui parcourt tant de villes et de pays”.

§ 3.672. Teorias do contrato com incerta pessoa

1.FIGURA DO CONTRATO COM PESSOA INCERTA. De ordinário,

quem emite títulos ao portador não os subscreve em pequena porção, mas em massa. Daí, talvez, a concepção do contrato com *incerta persona.* Alegam os que assim pensam, como argumento principal a favor de sua concepção, que a concepção antagônica <a da sucessão do sujeito ativo) se edifica em contradições: se o contrato se forma com o primeiro tomador, a fim de em seguida, se transmitir aos portadores sucessivos, a primeira pessoa não é menos *incerta.*

As duas feições principais podem ser consideradas de per si, conforme a incerteza concerne ao *tempo* ou ao *espaço.* Efetivamente, a pessoa pode ser incerta, quer no *tempo* (sujeito passivo, incerto, de R. VON JEERINO, que não admitia direitos sem sujeito, e de II. DERNBURG), quer no *espaço,* sujeito indeterminado, geral (já existente, portanto), mas ainda não individuado em relação ao subscritor do título.

2. DifERENTES EXPLICAÇÕES DA PESSOA INCERTA. Várias foram as explicações da pessoa incerta: (a) Em E. VON SAVIGNY *(Das Obligationenrecht,* II, 93-128) dominavam duas noções principais: contrato *cum incerta persona,* incorporação da dívida no papel. Ninguém, mais do que ele, defendeu o dogma do contrato com pessoa incerta. Há certa forma particular de obrigação, em que a relação obrigatória não concerne, não se *liga* (como sói acontecer, ordinariamente), a personalidade individualmente conhecida <an eine individuell bekannte Persõnlichkeit), mas a simples qualidade geral (an eine alígemeine Eigenschaft), que, desde o comêço, se acha em diferentíssimas pessoas, e com o correr do tempo pode passar por outras também diversas. Tais são em direito romano as obrigações que nascem, perduram e se extinguem entre o possuidor e o proprietário da coisa, em caso de direito de usufruto e de outros direitos reais, como simples consequência da propriedade e dos *iura in re.* Depois, as obrigações derivadas do colonato pelo simples fato do nascimento. No direito alemão, no brasileiro e noutros sistemas jurídicos, os ônus reais e os direitos de passagem. A possibilidade de contrato com pessoa indeterminada foi admitida, disse F. VON SAVTGNY, por muitos autores, ou suportada por muitos, mais ou menos implicitamente, mas advertiu: “Devo, quanto ao direito comum, negar essa possibilidade”. Citou F. J.

STÃHL, que considerava a pessoa do credor como pertencente à essência do crédito, com exceção das obrigações ao portador, que constituiriam instituição de caráter público, *em Institut vou (exceptioneilem) publizistLsehem Karakter.* Negava-o F. vo~ SAvIGNY, porque, no direito romano, se recusava eficácia ao contrato a favor de

terceiro, que não desse mandato para tal efeito.

Perante o direito moderno, F. VoN SAVIGNY chamou título ao portador aos papéis de crédito que podiam ser *r*

cobrados, não por pessoa determinada, mas sim por quem quer que se achasse em certa relação (?) com o titulo:

"sondem von Jedem, der in einem gewissen Verhãltnis zu der Urkunde steht". O emprêgo da palavra *relação* foi, sem dúvida, ambíguo; melhor lhe fora a expressão "alígemeine Eigenschaft", qualidade geral, que antes empregara <88). O próprio jurista notou o deslize, e advertiu em nota: "Digo, propositadamente, em termos indeterminados: *numa certa relação,* porque deixa indeciso o ponto de saber se essa relação poderá ser a propriedade ou a posse, e até a posse em tal ou qual acepção da palavra". Disse-o, e prometeu precisar, depois, o conceito. Antes, porém, indagou qual a natureza da transferência do crédito, com as várias tradições eventuais do papel: inovação ou cessão? Pôs ele de lado a primeira hipótese, porque não existe, certamente, novação, e passou à segunda, onde encontrava duas dificuldades. A primeira consistia em que, pela cessão, o crédito fica sempre ligado, de algum modo, ao credor primitivo, de cuja pessoa pode o devedor tirar exceções como de qualquer cessionário intercalar. A segunda consistia em que, se alguém cobra divida, deve indicar os cessionários intercalares. Foram tais dificuldades *mesmas* a origem do título ao portador, que se apresenta apenas como criação prática, constituída pela incorporação da obrigação. No § 66, intentou F. VON SAVIGNY precisar, como prometera, o conceito da *relação* (!) do portador com o título, e, depois de analisar opiniões e pesar interesses , escreveu: "Como verdadeiro credor, é preciso considerar-se, em todos os casos, o *proprietário do papel.* Mas à posse de fato está sempre unida a presunção de propriedade". Essa presunção de propriedade tem significação dupla: do lado do possuidor, a de que ele pode exercer todos os direitos de propriedade, até que surja objeção que possa levar a algum processo e à demonstração de melhores direitos; do lado do devedor, a suposição dá-lhe o poder de pagar a qualquer possuidor.

(b) Falou JOLLY de contrato que se torna perfeito com sujeito *in abstracto,* teoria que, inaceitável a quem procura compreender os fatos e estudá-los com rigor de método cientifico, não se nos afigura mais absurda do que todas as outras fundadas em *abstrações,* inclusive a de Ii. THÕL, que abstraía da própria obrigação.

(c)LEvIN GOLDSCHMIDT *(Si,*"*stem des Handelsrechts, 4a* ed., 161;

Miscellen zur Theorie der Werthpapiere, *Zeitschrift flir das gesammte Handelsrecht,* 28, 84 si, adotou explicação dupla: o devedor contrata com o primeiro credor em favor desse e, simultaneamente , em favor da série dos sucessivos portadores do título. Não se trata, para ele, de contrato

-com pessoa incerta, mas o tomador no momento em que cede o direito desaparece da relação jurídica, como se houvesse sido, apenas, mero intermediário entre o subscritor e aquele a quem cedeu. Excluem-se, assim, o conceito de cessão e o de novação. O interesse prático de tal construção não está em rejeitar as exceções tiradas dos portadores precedentes, mas, disse RAYMO?m SALETLLES *(Étude de la Tkéorie Générale de l"Obligation,* 809), em se querer com ela afastar o perigo de contrato passado com o primeiro tomador que fosse incapaz ou não houvesse consentido. Enfim, todas as circunstâncias que tornariam nulo o contrato de emissão e dificilmente permitiriam reconhecer-se o direito dos cessionários sucessivos.

3.TEORIA DA PESSOA INCERTA, NO TEMPO. A *persona incerta* no tempo, segundo a teoria, é inatacável, porque pressupõe o fato da relação jurídica *obrigacional* entre o emitente e a pessoa futura, sem atender aos efeitos *reais* do título ao portador.

A *persona incerta* no espaço não o é menos, porque a *moerteza,* aí, não constitui mais do que pressuposição psicológica da ignorância do devedor: pressuposição, porque o devedor *pode saber,* de fato, em poder de quem se acha o título; a incerteza é apenas subjetiva, porque pode o título achar-se privado da circulação, em virtude de caução, ou como parte de qualquer massa inalienável de bens.

O fato de haver sempre portador do título evidencia que o fato da cessão não é destituído da objetividade e vai deixando, após si, várias relações jurídicas entre sucessivos portadores, e com isso se evidencia que a *incerteza* não é objetiva; só existe como estado físico-psíquico do emitente.

Ainda devemos advertir que, em meio aos sistemas que explicam os direitos de *todos* os portadores pelos contratos entre *eles todos* e o devedor, há dois conceitos diversissimos de sujeito ativo da obrigação: para KARL

EINERT, titular é o público, ao passo que LEvIN GOLDSCHMIDT pensava que os contratos se operam entre todos os portadores, diretamente, e o devedor, posto à parte; portanto, o conceito

complexivo de público, que RARL EINERT preferira. Surge, porém, para ambas as teorias. grave obstáculo: para contratar com o público, ou com todos os portadores, necessário fora representante, que estipulasse em nome deles. Esse representante,

~,quem poderia ser? O devedor? O primeiro portador? Duas teorias surgiram, que passamos a expor.

4. TEORIAS DE REPRESENTAÇÃO DOS PORTADORES. A estipulação há de ser feita por alguém: a idéia de representação impunha-se desde que se acatara a de contrato com pessoa incerta. esse representante, para J.

IJNCER *(fie rechtliche Natur der Inhaberpapiere,* 106) e OTTO VON GIERKE, é o próprio devedor. Temos, *r*

pois, contrato consigo mesmo: diálogo a um, em que o emitente do título representa, simultaneamente , duas entidades antagônicas, devedor e credor. Como credor, estipula em nome dos terceiros, cujos interesses gere *sponte sua;* como devedor, ele se faz, a si mesmo, a promessa. Mas, advertia, com perspicácia, RENÉ WoRMS

(De la. Volonté unil Urde, 152), em vez de imaginar esse diálogo um tanto hipotético, ~por que se não há de reconhecer, simplesmente, que o devedor se ligou sem credor? Em palavras mais expressivas do intuito do crítico: ~ por que não se aceitar a teoria da vontade unilateral como fonte mesma da obrigação? Observemos contra RENÉ WORMS que ele chamava *credor* quem teria de manifestar vontade, *do outro lado.* Ora, nem têm razão os que pensam em contrato com pessoa incerta, nem a tinha o unilateralista francês: não se há de assertar que há direitos sem sujeito, nem relações jurídicas de um só termo ; porém não se há de confundir a desnecessidade de outro manifestante de vontade com a desnecessidade de outro têrmo das relações jurídicas.

Não há outro manifestante de vontade, mas a vincularidade surge, a favor de alguém.

Para outros, o representante dos futuros portadores não seria o devedor, mas o primeiro tomador, por meio de *neqotiorum geMia.*

§ 3.673. Teoria da Personificação do titulo

1.FUNDAÇÃO DA TEORIA DA PERSONIFICAÇÃO DO TITULO. Para tal teoria, de suma extravagância o titular do direito é o título mesmo, que se *núrsonificct* no momento da criação. Durante o lapso que vai da subscrição à *traditio,* ou qualquer outro modo de passagem do documento do poder do emitente para o do portador, e desde esse momento até à solução da dívida, ou reentrada na circulação, em qualquer tempo, enfim, desde o instante em que se subscreveu, o título ao portador não é coisa, nem simples documento probatório, e sim *pessoa.*

Se emitimos cheque ao portador, e o guardamos, durante o tempo em que o temos, somos sujeitos de obrigação: nós, o devedor; ele, o credor. Lá fora, na vida, o título continuaria de ser o *sujeito ativo* da relação jurídica, e os portadores, simples representantes da coisa personificada. Tal foi a doutrina pregada por ALBRECI-IT

SCHWEPPE e, depois, retocada ou, por bem dizer, enformada sistemàticamente por outros, entre os quais E. 1.

BEKKER (*Jahrbuch des gemeineu deutschen Rechtes,* 1, 292 s.).

O fundador da teoria não a levou às suas extremas conseqüências lógicas: esboçou-a apenas; mas, ainda que resumida a sua exposição, não deixou dúvidas quanto ao intuito de atribuir a subjetividade ativa, na relação jurídica, que o título ao portador exterioriza, ao próprio documento probatório. Na edição póstuma do *Das rthnisehe Privatrecht,* dirigida por WILHELM MEIER, o romanista ALBa. SCHWEPPE traçou as linhas fundamentais de tão singular construção teórica. A posse do documento nao faz o possuidor sujeito ativo da relação jurídica obrigacional: o documento é, de si mesmo, a relação jurídica obrigacional *escrita,* corporificada e desempenha as funções de perfeito credor. Para mais larga e franca circulação, para se eliminarem os embaraços da cessão, o fardo, o ônus, como diz o próprio ALBa. SCHWEPPE, e para que o documento corra como papel moeda (mas sempre como obrigação, e não como mercadoria, *inzrner ais cine Forderung, nicht ais Wanre),* dá-se tal valor autônomo ao documento, que a posse do papel basta à prova do crédito, e é representativa de *cessão* ainda quando em mãos do devedor.

Em conseqüência , é o próprio documento, por bem dizer-se, o credor. Cada possuidor dele exerce o direito de credor durante o tempo da respectiva posse.

Da idéia principal de tal teoria, que em verdade é a da personificação do próprio título, ser inanimado, o romanista alemão extraiu

importantes conseqüências lógicas, que coincidiram com os princípios práticos, e coincidem, hoje, com o direito positivo:

a) Não se pode opor ao portador do título nenhuma exceção, que se origine da pessoa do antecessor dele. Em virtude da cessão silenciosa, tácita, como, frisantemente, ele dizia, cessão que previamente se tem por perfeitamente válida, o devedor renuncia pela cláusula "ao portador" a todas as exceções, que concernirem à pessoa dos possuidores antecedentes.

b) A *lez Anastasiana* é, pelo mesmo fundamento, inaplicável: o caráter da transição (tbergang), do antecessor ao portador atual, não se aprecia (Aliás, a lex Anastasiana, L. 22,C., *mandati,* 4, 35, foi abolida. Cf. Tomo 1, § 17, 1.) c) A destruição do documento extingue o crédito e, pois, a obrigação.

2.DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DA PERSONIFICAÇÃO DO TITULO. Quem melhor, e mais ao vivo, desenvolveu a teoria da personificação foi E. 1. BEKKEII; e depois o seguiram outros, que aparecem como ressuscitadores do conceito já então quase de todo abandonado. Dentre eles é de citar-se F. SmIN.

r

Ato de desespero , como a ferreteou GEORO BESELER, a teoria da personificação não poderia pretender suplantar as outras teorias. Não a salvaram os expedientes comparativos da *promessa de fundação* e do *fundo sujeito a direito real.*

Também merecem ensanchas de exame os argumentos de F. STETN, para quem, assim como existem direitos absolutos, que se exercem de coisa a coisa, em qualquer mão onde essa se ache (servidões reais, hipoteca, etc.), existem obrigações absolutas que lhes são o antípoda: obrigações, que podem ser exigidas por quem quer que seja, contra o obrigado. Do direito absoluto derivam ações que têm existência própria e autônoma. Assim em se tratando de obrigações absolutas: as ações contra o obrigado não se transmitem por sucessão. O direito absoluto pode ser exercitado contra o possuidor atual.

Assim a obrigação absoluta: pode ser exigida por parte de qualquer detentor. Isso posto , fora de crer que F.

STEIN levasse à dissertação a espécie de *fungibilidade* do sujeito; mas

engano seria pensar-se assim: deixou sem verificação decisiva a natureza do sujeito e atirou no ar, como esperança, mais uma hipótese do titulo personificado, para, em seguida, apegar-se às concepções unilaterais: *pollkitatio,* abstração da *causa debendi*...

3.CRITICA Á TEORIA DA PERSONIFICAÇÃO DO TITULO. Racionalmente, escreveu RENÉ WORMS *(De ia Volonté unilatérale,* 159), não se vê nenhuma impossibilidade em que o credor de uma obrigação seja uma coisa. Porém aos princípios de nosso direito repugna essa concepção: eles admitem que a pessoa possa ter direitos sobre outra pessoa, ou sobre coisa, e até que uma coisa possa ter direitos (9 sobre outra coisa (servidões); nunca, que uma coisa possa ter direitos sobre uma pessoa. É quase inacreditável que o sociólogo francês, feito jurista na ocasião de defesa de tese, escrevesse as frases que reproduzimos. A personificação não recai sobre coisas, nem servidões são direitos de coisas sobre o coisas, porque então teríamos de admitir o que o autor contestava: direitos de coisas sobre pessoa. O engano de RENÉ WORMS adveio, com certeza, do aforismo *servitus faciendo consistere nequit;* esqueceu-lhe, porém, que a limitação não provinha de pretensa relação de coisa a coisa, mas da natureza dos chamados direitos reais; os *jura in re,* de regra, não consistem em fazer. E tanto não há relação entre coisas que a exceção à regra de não se resolverem em obrigações de fazer os direitos reais está nas próprias servidões reais: a servidão *oneris ferendi* ou *servitus qualificata.* Um sociólogo, que tão bem viu na sociedade organismo, formado pela imensidade das *relações,* não devera deslembrar-se de que o direito é também ciência, tem por objeto as relações jurídicas, e a aceitação de uma coisa personificada importaria atribuir à coisa uma função, o que dela faria não uma coisa com personalidade, mas uma *idéia,* elevada, no mundo jurídico, *pelos fatos,* à categoria de pessoa. Exemplos: a fundação, a sociedade, o Estado, etc. Demais (e a objeção parece-nos decisiva), tanto não é sujeito a coisa, nas servidões prediais, que, se alguém se torna proprietário de . ambos os prédios, cessa o direito de servidão: *fluiU enirnres sua servitutibus* (PAULO, L. 26, D., *de servitutibus praediorum urbanorum, 8,* 2).

As considerações que acima foram feitas prendem-se ao direito comum. O princípio *Servitus faciendo consistere nequit,* como o outro *Nemini res sua servit,* foi pôsto de lado. Sobre isso, Tomos XVIII, §§ 2.198, 2; 2.204, 12, e 2.229, 5; e XIX, §§ 2.251, 4, e 2.257, 7.

§ 3.674. Teoria da boa *fé* ou da honestidade

1. FUNDAÇÃO DA TEORIA DA BOA FÉ (REDLICHKEITS THEORIE). Foi C. S. GRÚNI-IUT *(lhe Weehselbegebung nach Verf ali, 9; Wechseireclit,* 1, 279 s.) que, após as considerações de *J.* C. BLUNTSCHLI sobre os títulos ao portador e a crítica de LADENEURO à teoria de J. E. KUNTZE, criou a variante da teoria da criação conhecida por *die Redlichkeitstheorie* (teoria da honestidade ou da boa fé), pela razão de exigir que o terceiro tenha adquirido a posse *bona. fide.*

LADENEURO (Vertrag und Creation, *Archiv fiir deutsches Wechseirecht,* 14, 290), fez, em palavras aproximadas, as seguintes considerações: "O inventor, o ladrão, conseguem pela tomada de posse do papel os mesmos direitos, que aquele que o obteve do tomador. Essa teoria, cremos, não pode proceder de concepção jurídica, porque doutrina não-direito (denn sie lehrt Unrecht) : estatui contra o fundamento do Direito, da Moral e dos Costumes, ameaça o comércio e ofende o sentimento jurídico. A ciência do direito faz-se indigna, se aceita tal doutrina".

Mas J. E. KUNTZE advertiu que entre a *teoria da criação* e a variante de C. S. GRtINI-IUT não havia divergência prática:

a *adio* e a *exceptio dou,* concedidas ao subscritor contra o possuidor de má fé, conciliam no mundo das *r*

explicações as pretendidas doutrinas discordantes. Todavia, se emitimos titulo e o guardamos, na doutrina de J.

E. KUNTZE, a obrigação, que começou de existir desde a criação, não cessa de vigorar, se ao adquire terceiro de má fé, ao passo que a *Redlichkeitstheorie* tem por inexistente tal obrigação. Aquela permite a exceção; essa nega o vínculo, por se não ter verificado a condição, a *condicio iuris,* necessária e essencial.

2. II. STAUn. À doutrina acima exposta veio juntar-se H. STAUB *(Kommentar zur ailgemeinen deutschen Weehseiordnung,* □

4 a ed., 3 s.), que admitiu o *surgimento* da obrigação quando o título cai em mãos de possuidor de boa fé: realizada a condição, estabelece-se o vínculo.

Observe-se que em todas essas teorias ainda há a indistinção entre *divida* e *obrigação.* Ora, não é preciso que se dê à criação a função de vincular, nem, com mais forte razão, a de obrigar. O subscritor, ao tornar perfeito o título ao portador ao concluir o negócio jurídico unilateral), *ainda* não se vinculou, expôs-se à vincularidade. O

contacto com o público, com o *alter,* é que determina a *dívida.* À apresentação surge a *obrigação.*

Àquele tempo faltava exatidão nos conceitos e os maiores espíritos estavam perturbados com as particularidades dos títulos ao portador.

1.TEORIA DA CRIAÇÀO (KREATIONSTHEORIE). O direito irradiado do titulo ao portador deriva da pura criação do título. O título roubado, perdido, ou furtado antes da emissão, mas após a criação do título, leva consigo a *obrigação* do subscritor. Tal teoria abrange muitas outras e se opõe a todas as que vêem no título contrato com o primeiro tomador, ou com qualquer portador do título *(Vertragstheorie).*

E. 1. BEKKER, TiL FR. SACHSE, II. SIEcIEL e J. E. KUNTZE são os principais nomes que se hão de citar. Foi o último o principal formulador dela (J. E. KUNTZE, *Pie Lehre von den Tnhaberpapieren,* 1, 169 s., 441 s.).

Qualquer idéia de contrato é inaceitável. O subscritor do título, ao criar, dispôs de si mesmo e de elemento do seu patrimônio: fez, para a vida, o que, por testamento, faria para efeitos *post mortem:* dispor da própria fortuna. O

testamento é ato jurídico perfeito, de si só; tem valor próprio, autonomia; dispensa e repugna-lhe o acordo de vontade. Assim o titulo ao portador.

Em mão do subscritor, o título já é valor patrimonial e prestes a se tornar fonte de direito de crédito. A vontade do devedor já não importa a tal efeito obrigacional: o titulo é que o produz, pois que se deu, antes, ato de disposição.

(De passagem, observemos que, no meio de tantos elementos de valor que os referidos juristas trouxeram à teoria do título ao portador, há imprecisões que a conturbam. Por exemplo: considerar-se ato de disposição a subscrição do título ao podador. Se A assinou o titulo ao portador, com o valor a, ainda não *dispôs:* subscreveu ato jurídico de disposição, mas ainda falta a eficácia, para que a disposição se dê.) *É* o título que cria o negócio. J. E. KUNTZE nem sequer o considerava declaração unilateral de vontade ou promessa: o título, para ele, é como o testamento: tem valor jurídico. A única condição que se põe à sua eficácia é a posse pelo primeiro podador, qualquer que seja a posse.

Para diminuir as conseqüências desfavoráveis de tal teoria, <1. E. KUNTZE recorreu à *acUo* e à *exceptio doU.*

A fortuna da teoria de J. E. KUNTZE, ou *teoria da criação* pura, ou, ainda, *teoria da aquisição (Erwerbstheorie),* foi enorme: entre os seguidores, teve 5. BORCHARDT, J. BLASCHXE, A. W. VON GR6NTNG, W.

ENDEMANN, R. y. CANSTEIN, *E.* REliBEIN e outros; adotou-a o Código Civil alemão, em grande parte, e os livros e escritos de J. E. KUNTZE são as obras mestras.

Se analisamos bem a concepção de J. E. KUNTZE, vemos que no substancial outra coisa não é que "teoria de contrato sob ligeiro disfarce", crítica que lhe fez, com exatidão, *E* SIEGEL *(Das Versprechen ais Verpfiichtungsgrund,* 125 e 127) : mas aí, ao nosso ver, o que constitui o melhor dos fundamentos dela, pelo que concorreu para se não confundir com a relação jurídica a promessa. A tomada de posse é ato de vontade; portanto, cessa a unilateralidade, mas o conteúdo desse ato não pode ser a aceitação da promessa. Tomada de posse não é declaração de vontade: é ato-fato jurídico. Não se exige aceitação para a *existência* do negócio jurídico, só se considera imprescindível para a eficácia a determinação do sujeito.

Assim, afastada qualquer alusão a contrato, assente que a eficácia do negócio jurídico somente começa do contrato com o *alter* e feita a distinção entre nascimento da dívida e nascimento da obrigação, limpa-se de toda reminiscência contratualística a teoria da redação.

Na Itália, pela teoria da criação: A. BRU5CHETTIN! *(Trat* tato *dei Titoli ai portatore,* 275). G. BONELLI (Appunti suBanatura giuridica dei Titoli di credito, *Rivista dei Diritto commerciale,* 1, 513 s.), UMBERTO

NAVARRINI, a seu modo, G. SEGRÉ *(Studi per* F. SORUPFER, 311 s.), ABELLO *(Studi per* V. SuA *LOJA,* II, 97 s.) e outros.

2. TEORIA DA REDAÇÃO. A diferença entre ela e a da criação é muito sutil. Apenas J. E. KUNTZE é menos *r*

radical do que H. SIEGEL. Dessa divergência na intensidade surgiram as duas teorias como diversas categorias de pensar.

A J. E. KUNTZE não faltaram pontos e conceitos conciliáveis com os dos contratualistas, o que assaz o recomendaria como espírito menos destruidor, porém atendia à relação jurídica em vez de exterminar, antes, a fonte, a declaração de vontade. A E. SIEGEL assistiu o prurido de impor, em absoluto, sem concessão a idéias e a fatos, a *teoria da vontade unilateral,* plenamente eficaz na feição mais pura, mais intransigente e inaceitável. A promessa de si só e sem qualquer repercussão obriga quem a presta a mantê-la, e a adimplir o prometido. No título ao podador, a promessa, o escrito, a vontade unilateral, é a fonte de obrigação. Não se teria errado se se houvesse dito: é a manifestação única, suficiente.

 Com a redação, diz H. SXEGEL, surge a obrigação do subscritor e se, para eficácia dela, é necessária a detenção por outrem, isso não

decorre de necessidade *jurídica ,* mas exclusivamente *material,* porque não seria possível ao subscritor exigir de si mesmo o direito que se contém no título

(H.SIEGEL, *Das Versprechen ais. Verpflichtungsgrund,* especialmente 110 s.). Se isso fora materialmente possível, desnecessária se ria a posse por outrem. A *teoria da criação* como que exige a aquisição por outrem, o *consenisus* do adquirente, que é para a promessa de débito o que a *aditio hereditatis* era para o testamento.

Mas~ ai está, para H. SIEGEL, o defeito da teoria da criação.

A posse é estado de fato, que então exerce função material,e não jurídica. Entre a obrigação de manter é a de adimplir não há identidade. Pode-se ser obrigado a manter, sem o ser a adimplir, de que é exemplo a oferta que ainda não foi aceita. O caráter preparatório de uma não se confunde com o caráter definitivo da outra. A simples promessa é fonte de obrigação. Há promessas que produzem a obrigação de adimpli-las. Logo, a simples promessa pode ser fonte, não se da obrigação preparativa de manter, como também da obrigação de adimplir. E

II. SIEGEL cita exemplos: obrigação de manter:

contrato entre ausentes, com termo para deliberação :

negotium elaudicans; obrigação de manter e de adimplir: promessa pública, aceite cambiário, contrato a favor de terceiros e títulos ao portador.

Com a aquisição do título, o primeiro tomador, consciente ou não, adquire, *ipso jure,* o direito de crédito, assim como o *heres necessarius* adquire o direito de herança. Não se faz preciso que coexistam *dar* e *tomar.* Por isso mesmo, o que interessa não é o encontro de vontades, ou de atos, mas o fato material de tomar. Perfeita fica a obrigação com o só acontecimento da redação do título; e o direito, tem-no quem quer que detenha o título, ainda se ladrão ou achador.

A eficácia da promessa unilateral subordina-se, na *teoria da criação, à* tomada de posse, e a obrigação não é perfeita enquanto não se realiza a condição. Na *teoria, da redação ,* à perfeição da obrigação basta redigir-se o titulo: jurIdicamente nada mais lhe é necessário.

O direito e o dever não coexistem na teoria de II. SIEGEL, que, para chegar a tais afirmativas do dever sem a correlação do direito, recorreu a argumentos jurídicos derivados da história do instituto

germânico. Aí, o seu ponto mais fraco. Vê-se o absurdo, o quanto de forçado, de arbitrário, de incongruente, que existe na explicação tendenciosa de H. SIEGEL: leva-o a exclusivismo deontológico, ao fantasma da obrigação *perante ninguém* e a direito que nasce, depois, autogênico, pela intervenção de fato (a detenção), ;a que o autor da teoria negou, previamente , qualquer caráter jurídico!

Ou o dever gera, ainda no futuro, o direito, e nesse caso ter-se-á o fenômeno da pendência, ou da suspensão; ou não o gera, e o direito nascerá de si só, pelo simples advento de fato de natureza absolutamente *material e* destituído de qualquer função jurídica.

A inconseqüência vai às raias da insinceridade e da vontade de inovação. Se o fato é apenas material, não pode ser jurigêneo; se não foi ele que produziu ou comproduziu o direito, é que esse já existia, e tem-se de saber *como* e *porque* nasceu.

Nada disso ocorreu a H. SIEGEL. Para ele, o direito nasce de fato indiferente ao direito, de fato que expressa apenas, para usar dos seus termos, necessidade material. Muito mais lógico, mais científico, mais sincero, foi J. E.

KUNTZE, em quem se há de admirar sempre a moderação de conceito, o exame sempre arguto e pertinaz, o constante desejo de verdade. Tanto é certo que, se a teoria dele não contém *toda* a verdade, foi ele, e ninguém mais do que ele, o desapaixonado investigador dos fatos. O seu contingente de informações concorreu enormemente para a continua e não ultimada aproximação da verdade. Faltaram-lhe métodos específicos e gerais, elementos de observação e de experiência, que só os seus pósteros conseguiram colher , mas tem-se, nele, o que de mais verdadeiro e honesto se fez , cientificamente, até quase o fim do século XIX.

À teoria de E. SIEGEL não faltaram, porém, os bons críticos: RARL GAREIS, A. PERNICE e outros *r*

reduziam-na ao valor merecido, ao de simples exageração, talvez consciente e propositada, das idéias de J. E.

KUNTZE. O fundamento histórico foi adrede preparado; simulou-se a ciência, a tradição, o critério seguro e reto, onde o intuito máximo era inovar.

~ Podem e devem separar-se, pelo menos nos títulos ao portador, a obrigação de manter promessa e a de adimplir o prometido? Vimos que tôda a construção da teoria da re$ção ou da promessa pressupõe

tal distinção reputada essencial. Não é sem pertinência em obra, como esta, em que se precisou, repetidas vezes, quase diremos permanentemente, a diferença entre *vinculação , obrigatoriedade* e *acionabilidade,* isto é, entre dever (dívida), obrigação e ação, advertirmos que *E.* SIEGEL não a conhecia e jogou com os conceitos, perigosamente.

O direito romano figurava a aquisição de direitos como fato derivado da iniciativa do adquirente, e não do alienante, de que são exemplos a *stipulatio,* a *expensilatio,* a *acceptilatio,* a *mancipatio* e a *in jure* cesszo; predominava, pois, no conceito da relação jurídica, *e quanto à origem dela,* o credor, não o devedor. No direito germânico, mostrou *E.* SIEGEL, mais se atende ao devedor que ao credor. Tem-se, assim, no direito, a fórmula de AUGUSTE COMTE: deveres, e não direitos; em vez do aforismo implícito do direito romano e posteriormente enformado: *jus et obligatio sunt correlata.* Pode existir dívida sem o *ia,?* É o que se afirma na teoria da redação, e a a que os contratualistas radicais, aferrados à concepção de vinculo direta entre devedor e *todos* os possuidores ou entre devedor e primeiro tomador, opuseram argumentos que não convencem da procedência científica das suas idéias, embora ponham à mostra a indefensabilidade da teoria de *E.* SIEGEL.

A questão deve ser ventilada ao ar aberto do direito, e não em recantos do direito civil; é da *noção de direito e de lei, que se há de tirar o cabedal critico.*

Ou a vontade de um só não vincula, e, nesse caso, a palma cabe aos contratualistas; ou *deve* vincular, o que constitui consideração *de lege ferenda;* ou em verdade vincula, e então o que decide da vincularidade é a lei, na sua função de acautelar os interesses do público. Quanto à obrigação de *manter* e a de *adimplir,* consideradas como categorias distintas no mundo jurídico, opôs B. WINDSCHETD se a promessa não *pode* ser retirada, também ela é a causa da obrigação de adimplir, e o que for mister ao nascimento efetivo da obrigação nada mais será que uma condição. Temos, assim, se não dificultada em essência, pelo menos protraída, a solução da questão, que passa a outro terreno, onde ainda maiores se mostraram e se mostram as controvérsias.

O processo de raciocínio, que os sequazes da teoria da redação e os demais unilateralistas empregam, é digno de exame. A teoria contratual, dizem, pressupõe contrato entre o devedor do título e os possuidores, ou o primeiro portador, com cessão aos subseqUentes. Não há, no entanto, vinculo entre o devedor e os possuidores, ou tomador, porque o titulo roubado, ou achado, deve ser solvido à

apresentação . Logo, não há nenhum contrato: a obrigação surgiu de simples vontade unilateral. Noutros termos : a teoria contratual considera sujeitos passivos todos, ou cada um dos possuidores, de per 51t o contrato, que se pretende, é impossível, pela incerteza da pessoa ou pelos embaraços da cessão; conclusão: a obrigação existe, porém sem sujeito ativo (!).

Não só a meditação do conteúdo de tais frases, mas a simples análise da composição formal e a leitura descobrem,imediatamente, o ilogismo da conclusão. As duas premissas são particulares: primeiro, porque a teoria contratual pressupõe *contrato* (em geral), e não só entre devedor e possuidores ou tomador; segundo, porque a exoneração do subscritor que paga ao ladrão ou inventor prova a preponderância do fato da apresentação, e não a existência do contrato, não só antes, como depois da exibição. Ambas as premissas são, pois, particulares, e nenhum silogismo produziriam.

A conclusão, que eles tiram, é duplamente falsa: formal-mente, como vimos, por sua inadequação à lógica; substancial-mente, porque assenta não existir contrato entre devedor e possuidores, ou tomador, mas não se estende à negação de um sujeito ativo da vinculação a manter, da relação da divida, que é específica nas declarações unilaterais de vontade.

O que se tinha de fazer era considerar-se, em primeiro lugar, a constituição do negócio jurídico, que é unilateral.

Depois, procurar-se saber qual o momento em que surge a relação jurídica de dívida. Finalmente, como se irradia a pretensão.

1.TEORIA DA EMISSÃO. Afirma a *teoria da emissão* que do ato da criação não pode surgir vinculo, porque a redação e a subscrição do título ainda não patenteiam a vontade de se vincular. Pode-se ter em cofre dezenas de títulos sem que se pretenda pelo menos durante alguns dias assumir a obrigação de pagar, e pode ainda ocorrer que eles entrem em circulação sem a vontade do subscritor.

Tal a crítica que à teoria da criação fazem os adeptos da teoria da emissão. A subscrição não pode ser, sempre, vontade vinculativa; *declaração,* talvez; não, porém, *de vontade.* Quando a subscrição não constitui vontade de obrigar-se, dizem os criacionistas, mesmo assim a lei intervém para garantir a segurança do tráfico (A.

LANGEN).

r

Se a lei intervém para suprir a vontade, não é na subscrição que está o momento decisivo, mas naquele em que a lei influi em prol dos direitos de terceiros. Pôs-se em relevo , aí, a emissão .

Aliás, alguns adeptos da teoria da criação evitam a explicação que se dera: se li. VON CAN5TEIN afirmava, explicitamente, que a obrigação surge da lei, na falta de vontade, XC. BINDINO e E. O. LEHMANN fundavam a obrigação, em tal hipótese, na culpa do subscritor, como se dá no caso de se descurar da guarda de um animal (Código Civil, ad. 1.527)

a diferença única estaria em que, no caso de dano por animal, a culpa do dono ou tenedor estaria na omissão, de modo que a obrigação derivaria da ofensa culposa, e no caso do titulo o danificado é o subscritor, mas a culpa não difere, porque também a omissão dele em guardar o título ofenderia o terceiro possuidor.

Outros recorrem diretamente à boa fé, que deve presidir à circulação e da qual pode nascer o vínculo. Mas, objetava LEVIN GOLDScHMIDT, se é a boa fé que produz tais efeitos, conseqüência lógica seria reconhecer-se a fôrça vinculativa do titulo falso.

Foi O. STOBI3E quem formulou a teoria da emissão, como intermediária entre a teoria da criação e a teoria contratualística. Só após o abandono voluntário da posse, *derelictio,* seja por ato unilateral, seja por tradição, é que nasce a obrigação do subscritor. Sem a emissão voluntária, não se forma o vínculo (O. SToBBE, *Handbueh,* III, § 171). Tem-se, pois, de algum modo, a teoria contratualística: a demissão da posse, a derrelicção, não seria, aí, mais, em verdade, do que *traditio in irteertam personum;* se não o é, se repugna pensar-se em *persofla incerta,* fôrça é exigir-se a tomada de posse por alguém, e ter-se-ia, se determinado o tomador, o contrato com ele.

Observe-se, ainda, que a derrelicção não é ligada ao título; apenas é derrelicção do titulo.

Por outro lado, a versatilidade da teoria de O. STOBBE pode confundi-la com a própria teoria da criação, pois, no caso de cogitar de *derelictio,* seria a lei elemento para integrar a fonte da obrigação.

Se o título foi pôsto em circulação, fraudulentamente e contra a vontade do subscritor, a vincularidade não se estabeleceria. Na Itália corrigiu A. Rocco (Ancora un contributo alIa teoria dei titoli di

credito, *Archirio gitridico,* 62, 111 5.) a opinião de O. STOEBE: o subscritor é obrigado em relação ao possuidor de boa fé, ainda que o título fora posto em circulação contra a vontade dele; porque se trata de obrigação *formal* e nos negócios formais há presunção *juris et de jure* da vontade do subscritor em relação ao possuidor de boa fé. ROEnTO MONTESSORI *(Deli‟Obbligazione aí portatore,* 90 s.) julgava o subscritor obrigado perante o terceiro de boa fé, porém dava outra fonte à obrigação: a lei.

(O mal da teoria da emissão foi constituir-se como antítese da teoria da criação. A teoria da criação seria verdadeira se somente concernisse à conclusão do negócio jurídico do título ao portador: negócio jurídico unilateral, porque, subscrito, somente pelo promitente, o título ao portador já *existe* no mundo jurídico. A teoria da emissão seria verdadeira se fosse restrita ao plano de *eficácia:* a relação jurídica de dívida surge e somente surge ao contacto com o *alter.)*

2.TEORIA DA AQUISTÇÂO DA PROPRIEDADE. Surgiu a teoria da aquisição da propriedade, *Eigcntumsenverbstheorie.* Variante da teoria da criação, fez depender do direito *sObre* o título, elemento *real,* o direito *pessoal* à prestação incorporada no título. A quase idêntico resultado chegara o contratualista LEVIN

GCLD5CHMIDT, que também viu uma como objetivação do direito no título.

-Mas li. O. LEHMANN *(Lehrbuch des deutschen Wechselrechts,* 12 s.), partidário da teoria da vontade unilateral, exigia ato do subscritor capaz de fazer o possuidor adquirir a *propriedade,* o que pôs a sua atitude entre as duas teorias, a da criação e a da emissão .

A exigência da aquisição da *propriedade* do título a fim de surgir o vínculo, e daí a denominação *Eigenturnscrwerhstheorie,* mostra quanto diferiu da teoria que professou C. 5. GRÚNHUT: aquela requeria a aquisição da *propriedade,* essa apenas exigia a posse *bona fide.*

O. CARLIN (Zur rechtlichen Natur der Werthpapiere, *Zcitsehrift fiár das* gesamte *Handelsrecht,* 26, 12) desprezou ambas as teorias, a da criação e a da emissão do título, e adstringiu a sua concepção ao exclusivo fato da aquisição da propriedade, que em verdade independe daqueles e pode anteceder ou seguir-se à emissão do titulo. Para ele, o papel inominado *representa* valor, valor *prometido;* portanto, diz ele, declaração unilateral de vontade. O ladrão não pode adquirir a *prometidado:* eis, pois, a *proibição de ser sujeito ativo na relação jurídica*

do titulo ao portador. Porém a furtividade e o roubo interessam em dois casos distintos: a subtração do título antes da entrega a outrem e a subtração e a posterior estada em mãos de alguém. O subscritor responde ao portador criminoso, como a qualquer outro. Explicava-o O. CÃaLIN com o conceito da *posse* e a diferença que há entre ele e o de propriedade. A situação possessória bastaria para que se justificasse o exercício do direito enquanto se não mostra ilegítima ou irregular. Mas, se o subscritor não pode atacar o direito do portador, ~. como se resolveria?

O pressuposto de aquisição de *propriedade* para existir a obrigação, tal o traço característico da teoria: a *vontade r*

de dever, expressa no papel (der in Papier niedergelegte verpflichtungswille) fixa-se no momento em que se opera a aquisição regular da propriedade do título ao portador, ainda que inicialmente se não efetuasse, legitimamente, a aquisição da posse.

§ 3.677. Teoria do ato jurídico formal e teoria do contrato formal 1. TEORIA DO ATO JURÍDICO FORMAL. Para a teoria do ato jurídico formal, *Formalaktstheorie,* há, na cambial, como na *stipulatio* romana, ato jurídico formal: a intenção e o consentimento dos figurantes não constituem a *causa* do efeito jurídico. No titulo só se percebe que se adotou *forma* e essa é a verdadeira *causa* dos efeitos jurídicos. FR. LIEnE diluiu a sua concepção. Frisou, assim, com tanto afinco, a importância da literalidade, e abstraiu a tal ponto da *causa,* que se dúvida da caráter contratualístico da sua teoria. O *vinculum inris* surge no momento em que o devedor subscreve o titulo, momento que se segue, ou se presume seguir à *causa* do negócio jurídico. Mas, se o título foi subscrito antes, sem que se tenha determinado a vontade do subscritor, que é que sucede? A pergunta deixa patente que a teoria é falha, e veremos o substitutivo que lhe fez II.

THÓL *(Wechselrecht,* 4~ ed., §§ 45 s.).

2.TEORIA DO CONTRATO FORMAL. A concepção de E. HOFFMANN (Uber die Natur des Papiergeldes, des Papieres *au porteur* und des Wechsels, ihre gegenseitige Verwandtschaft und Verschiedenheit, *Archiv fúr deutsches Wechselreclit,* V, 256-310) não foi original, ainda ao tempo em que apareceu.

J. E. KUNTZE, que publicou o seu livro em 1857, um ano apos o escrito, já dizia não possuírem as idéias desse nenhuma visão nova, pôsto que lhe reconhecesse prioridade em submeter *a* comum

construção dogmática os títulos à ordem e os títulos ao portador. Uma coisa é a natureza jurídica do papel *au porteur,* e outra, a sua base material. Em seu *conteúdo* jurídico, é o título promessa de dinheiro, ou de coisa que tenha valor; em sua natureza jurídica, predomina o contrato formal.

Somente com isso não se define, todavia, o papel ao portador. Tanto o papel quanto a promessa de resgate que nele se insere têm, sem dúvida, a qualidade de simples ato jurídico formal, e é preciso que tenham essa qualidade.

Quer dizer: para que se atinja o *fim,* a que servem, se faz mister a forma externa, pela qual o papel se assimile a coisa *(res),* embora, pela documentação, nele feita, da promessa de resgate (Beurkundung des Einlõsungsversprechens), o título seja mais do que simples papel. O papel inominado é também documento de obrigação; basta que se não observe a sua qualidade de contrato formal.

Temos, pois, em tal teoria, o dogma do *contrato direto.* com atenuação de pormenor: o subscritor não se vincula especialmente, nomeadamente, a credores imediatos, mas certo é que se vincula; e E. HOFFMANN não tomou o caminho da declaração unilateral de vontade, propendeu para conciliar o seu pensamento com a concepção do contrato com indeterminada pessoa. A posse como que constitui prova líquida do direito de crédito, pois esse é ligado ao direito que se tem sobre o papel (E. HOFFMANN, ter die Natur des Papiergeldes, des Papieres *au porteur* und des Wechsels, ibre gegenseitige Verwandtschaft und Verschiedenheit, *Archiv fiir deutsckes Wechselrecht,* 265), e qualquer possuidor se reputa, *provisàriamente,* como sendo o proprietário, e o possuidor de boa fé, *definitivamente.*

3. TEORIA DA ENTREGA E RECEBIMENTO DA PROPRIEDADE.

Tem-se agora de examinar a teoria da entrega e recebimento da propriedade, a *Eigentumsverschqftungstheorie.*

Difere de teoria da aquisição da propriedade, porque aquela apenas examina o fato no lado *aquisitivo,* ao passo que a teoria da entrega da propriedade requere a emissão do título e a aquisição da propriedade por outrem; vê o fato nas suas duas posturas faciais, a transíação e a aquisição.

Vai mais além: exige a simultaneidade dos dois atos jurídicos (de disposição do título e de aquisição da propriedade). Não só pressupõe o modo hábil de transferir a propriedade, como também o ato apto

para a aquisição.

O *dar* e o *tornar* são essenciais. Não se trata de contrato com indeterminada pessoa, nem, tão-pouco, de contrato com sujeito de direito *in abstracto,* mas, e somente , com pessoa individualmente determinada, em favor dos possuidores sucessivos do título. Esses , sim, por serem ulteriores, ainda se acham em estado de indeterminação: contrato com o primeiro tomador, e promessa aos futuros portadores (LEvIN GotoSCHMIDT, Miscellen zur Theorie der Werthpapiere, *Zeitschrift flir das gesainmte Handelsrecht,* 28, 111).

li. O. LEHMANN *(Lehrbuch des deutschen Wechselrcchts,* § 60 s.) foi o verdadeiro formulador da chamada *Eigentum.sverschaftungstheorie.*

§ 3.678. A teoria da promessa dupla

r

1. Exposição DA TEORIA. A *teoria da promessa dupla* alude a contrato e a ato jurídico unilateral concomitantes: contrato com o tomador, promessa unilateral aos possuidores sucessivos. Essa concepção conciliadora em fato e em princípio tinha por fim remover a dificuldade, que todas as anteriores encontravam, no explicar a oponibilidade ao primeiro tomador das exceções oriundas da *causa* da obrigação.

Foi CESARE VIVANTE o máximo formulador (1896) dela:

nas edições sucessivas do *Trattato,* concretizou o pensamento inicial e conseguiu apresentá-la como um todo de doutrina e de aplicação. O título ao portador, à semelhança de todos os outros títulos de crédito, é o instrumento necessário para se exercer o direito literal e autônomo, nele mencionado. A obrigação do emitente tem *dupla* natureza e por isso duplos efeitos. As relações jurídicas imediatas entre o emitente e o tomador devem regular-se segundo o negócio jurídico que efetivamente ocorreu entre eles: se o título dá ao possuidor a segurança de presunção da existência do crédito, como se declara no título, essa presunção cede ante as provas de um negócio jurídico que reduza ou elimine o crédito (CESARE VIVANTE, *Trattato di Diritto commerciale,* III, § 108, 635).

(Desde logo, advirtamos que CESARE VIVANTE ignorava a existência de negócio jurídico básico subjacente, simultâneo ou sobrejacente

razão por que encambulhava com esse o negócio jurídico do título inominado.)

As relações jurídicas que surgem entre o emitente e o terceiro possuidor, que obteve o título circulante, regulam-se de acordo com o teor literal quando entre eles não há outro vínculo que o do título. A declaração unilateral de vontade manifestada pelo emitente *no titulo* determina a existência e a medida das suas obrigações.

O possuidor exercita o seu *jus,* o seu crédito, como um crédito autônomo, *assumido diretamente pelo emitente perante o possuidor mesmo;* as exceções que o emitente poderia deduzir do contrato estipulado com o primeiro tomador não tocam à relação jurídica que se estabelece entre o emitente e o tomador, que negociaram o título. O

emitente deve manter a fé que o seu escrito, a sua palavra, merece e devia merecer do possuidor. Não poderá desonerá-lo a prova de que o título lhe foi roubado antes de ser emitido, porque esse vicio jurídico falta de vontade de se obrigar na formação da relação jurídica contratual não *ercíni* a declaração de vontade *unilateral* expressa no titulo.

Tal a teoria bivincular de CESARE VIVANTE, em palavras que são quase as dele. Antes, 3. IJNGER *(fie rechtliche Natur der Inhaberpapiere,* 125 e 129), pugnador da explicação contratual dos títulos ao portador, chegara, na análise dos fatos principais, à convicção de que deve haver contrato com o primeiro tomador, e os possuidores sucessivos têm na sua boa fé o fundamento para a presunção, em favor deles, de ter havido o contrato.

O vício foi o mesmo, o de não ver o negócio jurídico unilateral do título ao portador e o *possível* negócio jurídico básico, que aliás podia não ser bilateral.

2.SEGUIDORES E CRITICAS. Teve a teoria de CESARE VIVANTE alguns seguidores, entre eles L.

EoLAFFIo, que já em 1886 frisava a necessidade lógica de se separarem as duas ordens de relações *(Annuario critico deila giurisprudenza eommerciale,* 1886, 150; cf. G. BONELLI, Appunti suíla natura jurídica dei titoli di credito, *Rivista dcl Diritto commerciale,* VI, 521, nota) : “Nas relações diretas entre credor e devedor, a cambial é documento comprovante de obrigação preexistente. Se é certo que a cambial, por sua índole de título de crédito, não requere o exame da causa que provocou a emissão, esse principio é exato e só tem

aplicação em se tratando de terceiro, que não esteve em relação direta e pessoal com o devedor a quem pede o pagamento. Nas relações diretas, a cambial, para ser titulo de eficácia jurídica, supõe *causa".*

A principal objeção que se fez à teoria da promessa dupla foi a de que se atribuem à vontade do devedor, manifestada *de uma só vez* e com um *único* conteúdo, duas direções e dois conteúdos, ou mesmo uma porção.

CEsÂRE VIVANTE respondeu não proceder a argüição : nenhuma exigência lógica obsta a que de um mesmo ato de vontade surtam vários efeitos, conforme a declaração se opera na relação jurídica contratual ou quanto a terceiros; e citou exemplo: o contrato a favor de terceiro, o de sociedade e o de representação.

Em todos esses casos, bem diversa é a lei que se impõe ao contraente, segundo se acha em frente à pessoa com quem contratou, ou com terceiros. Freqüente o caso de mandato com instruções secretas, mas, em relação aos terceiros, o mandatário representa o mandante, nos termos da procuração (Código Civil, art. 1.313).

À defesa de CESARE VIVANTE replicou G. BONEULI: dos três exemplos, os dois últimos são apropriados ao caso, mas em verdade os atos de vontade são *dois,* e não um: assim, um ato é aquele com que, constituindo a sociedade, A se exponha a responsabilidade correspondente perante quem quer que contrate com a sociedade (ato público) ; outro é o em que A convenciona com os sócios só se expor a limitada responsabilidade <ato silencioso). No mandato, igualmente: um ato é aquele em que A confia o mandato e menciona *in genere* os poderes , expondo-se, assim, à responsabilidade „perante os que contratarem Com o mandatário (ato público), e outro, o em que dá, particularmente, instruções ao seu procurador, instruções que modificam a primitiva relação jurídica, existente entre os dois. se enviadas posteriormente, ou farão parte integrante do contrato, se fornecidas *r*

no mesmo instante.

De certo modo, tinha-se passo adiante.

O exemplo do contrato em favor de terceiro não tem pertinência. Nada prova em favor da teoria da dupla promessa; ainda mais: não há aí, absolutamente, *dois* efeitos ou *dois* conteúdos de um só ato. Porque ou a estipulação direta com o contraente forma o contrato, e a estipulação de vantagem é *condição ,* no caso do art.

1.128 do então Código Civil italiano, e têm-se duas obrigações que derivam de dois atos diversos; ou a obrigação é uma só, de modo que há um ato só, com um só conteúdo e não com um conteúdo parcialmente diverso. Uni ato de vontade não pode ter senão *um* conteúdo, uma só direção (no sentido objetivo), bem que produza muitas obrigações simultâneas (mas *idênticas),* isto é, se a relação obrigatória se estabelece quanto a várias pessoas ao mesmo tempo (a relação, porém, é uma só). Se os *vínculos* têm conteúdo diverso, necessAriamente houve mais de *um* ato de vontade (G. BONELLI, Sul fondamento e suíla natura dell"obbligazione cartolare nei titoli di credito, *Rivista dei Diritto commerciale,* II, 189). A réplica foi cabal.

Outra objeção. Se o teor literal fôra decisivo, o contraente <primeiro tomador ou qualquer outro), se de boa fé, teria a seu favor a inoponibilidade das exceções contratuais. Mas o que VIvANTE afirmou foi justamente a inoponibilidade, se o *vinculo* único é o do título; se houve *outro* contrato, a originária boa fé do portador não o livra da lei do contrato, de que nasceu o titulo. O título não é exigível, aí, porque o portador o tem em virtude de outra negociação com o devedor e as exceções opostas por esse excluem a posse. Excluída a causa, nenhum é~o efeito. A boa fé é apenas uma condição a que se subordina o direito do possuidor; e ela não basta a constituí-lo e justificá-lo (CESARE VIvANTE, *Trattato di Diritto commereiale,* III, 179).

§ *3.679.* Teoria do título ao podador estipulação a favor de terceiro 1. CONTEÚDO DA TEORIA. Segundo a teoria do titulo ao portador estipulação a favor de terceiro, o devedor contrata com. o tomado? e estipula a favor dos terceiros futuros possuidores."A estipulação obriga o estipulante, e tem-se assim explicado o fato das relações do devedor com os podadores, diversas que são, como se sabe, das relações com o tomador. Evita-se, diz-se, a ficção da vontade unilateral fonte de obrigação, e por outro lado os inconvenientes de severa aceitação da teoria contratual.

H. HRUNNER <*Handbuch des deutschen Handeis-, See- und Weckselrechts de* IV. ENDEMANN) escreveu que o antigo direito alemão conhecia contratos relativos a prestações a favor de terceiros, em virtude dos quais o terceiro podia exigir, em seu próprio nome, a prestação. Tal terceiro pode ser determinado pelo promitente, com a nominação do título, ou pela cláusula à ordem, ou pela cláusula ao portador. Ai, o terceiro é *incerta persona.*

Mais obscurecido pelas controvérsias do que o próprio título ao portador, o contrato a favor de terceiro ("contratto a favore di terzi",

Vertrag zu Gunsten Dritter), apareceu, no terreno da doutrina, como *rexata quaestio* dos sistemas de direito de obrigação, e apresenta-se negado e aceito por vários sistemas jurídicos entre si discordantes.

2.CRITICA. Ter-se o título ao portador contrato a favor de terceiro é explicar-se o fácil pelo difícil; e explicar erradamente, pois que ao direito do portador, com ser, de algum modo, autônomo, repugna a assimilação que se lhe quer fazer ao *ius ex farto alirno.* A *Grnrhmiç/ ungstheflrit,* que exige :t ratificação do terceiro a fim de surgir o direito dele (F. VON SAnOvv, A. Oc,oNOwSKI), a *Acre ptationsthcoric,* que sustenta a necessidade da aceitação, e a *Rcitrittstbcorh.* que se satisfaz com o ato de aceder, e ainda a opinião de O. vON C,IERKE, que apenas exigia a apropriação do direito por parte do terceiro, viriam trazer ao „problema do título ao portador discussões ainda , sem proveito para o exame objetivo do instituto. *Cf.* Tomo XXVI, §§ 3.153-3.167.

O que faltava não era argumentação por analogia , assimilação, ou adequação aos outros institutos; mas, e apenas, a pesquisa direta, a análise das relações jurídicas, único processo com que se poderão esclarecer os fatos complexos, assim do título ao portador como do contrato a favor de terceiro.

Se bem atendermos à relação jurídica ou às relações jurídicas, sem nos aterrarmos ao fetichismo da noção de entidade. teremos de reconhecer que o mesmo vício de análise, que dá razão tantas explicações díspares do contrato a favor de terceiro, foi motivo da farta multiplicidade de teorias, que toldaram o estudo científico dos títulos ao portador.

Estipulado (diz-se) o direito de terceiro, prometido, o estipulante *representou* o terceiro, e entre o promitente e o terceiro ultimou-se o contrato; mas, por isso que ao estipulante faltava o mandato, poderá ele revogar a estipulação a favor de terceiro, obrando, assim, *proprio no mine,* enquanto o *tertius* não ratifica o ato de *neqotiorum geMia.*

Ora, tal explicação é viciosa. A situação do terceiro, durante o tempo, que se escoa do contrato à exigência da execução (Código Civil, art. 1.098 e parágrafo único), é a de sujeito ativo de relação jurídica, já existe, para ele, então, direito, como há, na promessa pública de recompensa. Porém a assimilação seria forçada.

r

A resposta evidencia a necessidade de se abandonar, de vez, a *análise*

de seres : se atendermos à entidade, o fato de poder o estipulante modificar ou retirar a sua estipulação a favor do terceiro insinuaria as teorias que vêem na estipulação, de que se trata, dois contratos, um com o promitente, outro com terceiro, porém esse condicional, ou as teorias que reduzem o fato ao que se observa na promessa ao público.

Se atendemos às relações , vemos que, na realidade, a estipulação a favor de terceiro não é suscetível de sujeição a nenhuma teoria insuladamente, porque muitas e diversíssimas são as estipulações a favor de terceiro, e cabe-nos, mais uma vez, invocar a regra: não a gêneros ou espécies de fatos, mas aos fatos de per si ou em classes é que se aplicam as regras legais; o legislador não fica adstrito a impor a *mesma* regra ao *mesmo* gênero ou espécie ou classificação didática de fatos: é a lei que se terá de aplicar aos mesmos fatos, e a estipulação a favor de terceiro, no caso do art. 1.100 (reserva, pelo estipulante, do direito de se substituir ao terceiro), é tão desigual da estipulação a favor de terceiro, na espécie do art. 1.998, como o é qualquer delas em relação à promessa de recompensa. No contrato a favor de terceiro, com a reserva do ad. 1.100, a novação (para seguir a tecnologia do Código Civil, art. 1.100, parágrafo único. não há obrigação com solidariedade ativa, e sim verdadeira *novação* da relação jurídica entre promitente e terceiro (sub-rogação pessoal), ao passo que, na estipulação do art. 1.098, o estipulante continua de ser interessado, sem que se altere a feição jurídica primitiva.

Entre contrato a favor de terceiro e promessa ao público, a diferença é de fácil verificação: o terceiro, naquele, pode já poder *exigir,* e quem pode exigir necessariamente já tem pretensão, ou, pelo menos, a pretensão dele surge no mesmo instante em que surge a exigência, o que não importa o mesmo; poder exigir e da mesma exigência surgir o direito seria absurdo, porquanto a *facultas agendi* é derivada do direito.

Na promessa ao público, há a potencialidade da criação da pretensão, não a possibilidade atual de exigência. Se prometemos dez milhões de cruzeiros a quem achar um cão, não damos a ninguém o direito de exigir os dez milhões de cruzeiros, estabelecemos apenas a potencialidade da criação de pretensão: o que trouxer o cão satisfaz o pressuposto para que nasça a pretensão. ~As promessas de recompensa são vinculativas antes do contacto? Aí está, precisamente, o sinal da diferença entre a promessa e a estipulação a favor de terceiro: a lei atendendo a que alguém já poderia ter achado o cão (serviço prestado) e a que outros estariam à procura, a fim de exigir a recompensa protege tais interesses, tais possibilidades de pretensão. A estipulação a favor de terceiro pode-se considerar vinculativa quando

o terceiro fôr indeterminado.

mas determinável pelo *processo* da promessa de recompensa.

O título ao portador não pode ser considerado contrato a favor de terceiro, porque falta ao primeiro portador (no geral dos casos) a natureza do estipulante; *e.* g., se o título se perdeu e alguém o achou, se.foi subtraído. Aí mais acertada seria a *teoria da promessa.* Ora, uma e outra são falsas, porque, nos casos reais de estipulação pelo tomador, falharia a promessa, que apenas atende ao teor formal da obrigação e, fruto de análise de entidade, apenas viu o fato pelo lado do sujeito passivo da vinculação.

Acrescente-se, ainda, em prol da inassimflação do título ao portador ao contrato a favor de terceiro, a impossibilidade de se atender, naquele, à cláusula *miM aut cvi rolam,* pois que a determinação do portador independe da vontade do toma-dor, a despeito do que se estatui no art 521 do Código Civil.

1.TEORIA DA SUJEIÇÃO À PALAVRA. Chamaremos assim à outra feição da teoria de H. SIEGEL, em que a palavra do signatário deve ser cumprida, e nisso se funda o valor do título. Palavra dada, dever assente. Se subscrevemos titulo, temos de pagar o que prometemos. É a sujeição à palavra, *Gebundenheit an"s Wort.* Se queremos evitar a dívida, não devemos deixá-lo em lugar inseguro: destruí-lo-emos, uma vez que nada nos impede que o façamos enquanto não nos sai das mãos.

O fato que se opera é idêntico ao da promessa da recompensa: um ato, dizem, de vontade unilateral. Melhor: manifestação unilateral de vontade.

J. E. KUNTZE exigia, para a eficácia do título, a manifestação de segunda vontade, como se dá na *aditio hereditati.s.* H.SIEGEL *(Das Versprechen aIs Verpfliehtungsgrund,* 127) considerava o ato de outrem fato puro e simples, e fundava a obrigação apenas na promessa, como no caso do *heres necessarius.*

2.TEORIA DA NEGOCIAÇÃO DO TITULO. Para a teoria da negociação do titulo, *Begebungstheorie,* o momento decisivo não se prende à subscrição, como se dá na teoria de FE. LIEBE; no instante da negociação do título é que se estabelece: a *formo* do negócio cambial é o escrito, a *forma* do contrato é o dar e receber o título. No *dar* e no *receber é* que se operaria o contrato.

A negociação, pois, seria o início do contrato; o título, por esse tempo, já existia. Como há de algum modo abstração do vínculo, designava a sua teoria *Sunnnenversprechenstheorie.*

A doutrina teve muitíssimos adeptos, como tivera precursores, e, dentre eles, citaremos, LADENBURC, *r*

GERI-IARD SCI-IMIDT, A. RENAUD, E. G. GENGLER, FELIX DAHN, RARL

BTNDING, e as pequenas divergências e pormenores por vezes entalharam novas teorias.

Os críticos da doutrina contratual reputam obstáculo intransponível a explicação das relações entre o devedor e os possuidores sucessivos, porque se apresentam investidos de direitos autônomos, imunes às exceções oponíveis aos possuIdores precedentes (A. ARCANGELLI, Sulia teoria dei titoli di credito, *Rivista dei Diritio commerciale,* VIII, *1,* 181). Daí a concepção intermédia do contrato *cum incerta persona (E.* VON SAvIGNY) ou com sujeito *in abstracto* (JoLLY).

§ 3.681. Outras teorias contratualisticas

1.TEORIA CONTRATUALISTICA DE OTTO VON GIERKE. Seria a subscrição do título ao portador declaração de oferta de contrato, declaração que, pela emissão, se objetiva no papel. A aquisição do título constitui o encontro das vontades e, por conseguinte, a formação do contrato, com irradiação do *vinculum iurls,* que nascido em proveito do primeiro tomador passa aos possuidores sucessivos por meio da transmissão do papel. Se o tomador é incapaz, ou se é viciado o consentimento dele, a aceitação não se opera, conforme os princípios jurídicos comuns sobre declaração de vontade. Mas a oferta pode ser aceita, válida e eficazmente, pelo portador imediato, se não há contra ele as mesmas circunstâncias. Se as há, efetuar-se-a, válida e eficazmente, a aceitação pelo imediato, ou pelo que, em falta desse, tiver, em seu favor, os pressupostos exigidos aos atos jurídicos.

Assim, apagar-se-am, segundo a teoria, as dificuldades que os partidários da vontade unilateral não removeram.

Atendeu OTTO VON GIiERKE *(Deutsches Privatrecht,* II, 109 s.) à *relação jurídica,* e não à *fonte da divida, à* vincularidade antenor à tomada de posse do título ao portador.

Surgiram os reparos críticos.

Se o subscritor morre no período que medeia entre a emissão e a aceitação por pessoa capaz, ou cujo consentimento não esteja viciado, como se há de reputar o título ao portador por mero contrato entre ele e o portador? ~,Onde o *encontro* das duas vontades?

Se fosse possível tal contacto de vontades sem atenção às circunstâncias *atuais* e contemporâneas à vinculação, também a *aditio hereditatis* seria a aceitação de contrato, cuja oferta se havia objetivado no testamento.

Mas OTTO VON („„IEREE tentou evitar a crítica: não negou a importância do fato da criação, imposição de incorporabilidade à coisa corpórea, ao papel, de modo que colocasse a vontade sob a lei e a ambiência jurídica do momento, apenas com a condição de ser emitido. Se roubam o titulo e o passam a terceiro de boa fé, responde o signatário na medida do dano sofrido pelo portador, porque, como subscritor, adotando a forma do título, assumiu o perigo, praticou ato de imediata responsabilidade, a próprio risco.

2.TEORIA DA OFERTA COM O PLENO PODER (VOLLMACHT) AOS PORTADORES. A *teoria da oferta com o pleno poder* viu no titulo ao portador pura *oferta,* feita pelo devedor, de contrair dívida. Enquanto circula o título não há *vinculum,* o papel é poder de representação *(Vollmacht) :* quem lhe transmite a propriedade e a posse não cede crédito, porque ainda o não há, e apenas passa a outrem a *oferta* do emitente. Por onde quer que circule, e aonde quer que vá, não é mais o titulo ao portador do que simples oferta que os portadores passam de mão em mão. Posse de documento e dívida não são fatos coexistentes, porque o papel é *Vollmacht,* e não dívida.

Determina-se o credor pela conclusão do contrato ou pela sucessão. O devedor pode solver e deve solver a quem lhe exiba o título. Se o *credor* foi o verdadeiro dono do título, ou, melhor, se quem apresentou o documento e recebeu o quanto era, em verdade, o legitimo dono, e não outro, é questão que. pode ser levantada entre ele e terceiro, e não entre ele e o devedor. Quem exibiu o título ao portador, aceitou a oferta. Entre ele e o devedor perfez-se o *vínculum:* as questões que nasceram das circunstâncias ou *ex persona,* durante a circulação da oferta, não interessam ao devedor, que, pelo fato de contratar com o portador, afastou qualquer incidente pessoal. Não há contrato *cum incerta persona;* procuração, sim, e dela é incumbida pessoa incerta, e regula-se pela primitiva forma dc"gcessão (A. BRINZ, *Lehrbueh der*

Fandekten, II, 2.~ ed., 581). Como fonte de obrigação, o título ao portador põe em dia o contrato formal em sua austereza romana primitiva.

Teoria da *oferta* tiveram os juristas italianos em (A. CHiRONI (II Titolo aí portatore nella recente giurisprudenza italiana, *Giurisprudenza italiána,* IV. col. 145 e 146, ou Extrato, 29), com a diferença, porém, de que esse não procurou fixar, como

Fez A. BRINZ, a natureza jurídica das relações entre os vários possuidores sucessivos. Apresenta oferta de contrair dívida quem quer que firme o título; se o exibente se faz *credor direto,* é porque os possuidores anteriores, pelo fato de não conservarem consigo o título, puseram em circulação a oferta, conforme a vontade do *r*

devedor (?). Mas, advertiu-se: ~ o primeiro portador já o havia aceito? ANão estaria perfeito o contrato? A tais objeções respondeu o jurista italiano: é necessário supor que o devedor autorizou "livrar-se" (!) o aceitante da relação jurídica, pondo em circulação a oferta. Seria a exibição o fato *determinante* do credor efetivo. Trata-se, pois, de teoria contratualística , em que por certo o autor acolhe a idéia de direito de crédito em relação direta com o subscritor, de modo que evitasse o absurdo da autorização a *eciogliersi senz*"*altro dai rapporto.* Na essência, formulou mera teoria da apresentação, na sua variante de contrato com direito creditório em pendência.

Frágeis foram as críticas a G. CHmONI. As investidas tinham por fito o caráter da pendência, em vez de atacarem o lado verdadeiramente em causa, que seria o do contrato com os possuidores. Opôs um dos críticos: 1) a extravagância de se tratar a oferta como *valor;* 2) a obrigatoriedade *ab origine* de tal oferta.

Ora, cremos que não há na subscrição do título *oferta.* e sim promessa, mas negar-se àquela, como a essa, a possibilidade de *valer economicamente* é fazer-se tábua rasa dos princípios da ciência econômica. A função moderna do intermediário de negócios caracteriza-se por essa explicação do *ralar* das promessas e, na maioria dos casos, das ofertas. A afirmatica de G. CHIRONI é falsa; porém o argumento não a derriba. O outro, com retomar o fio da questão principal, não põe embaraços ao autor da teoria, que o próprio critico chamou genial (CARLO JACHINO, *Sull*"*entità economica e giuridica dei Titolo ai portatore,* 101). Argüido e argúente propuseram-se resolver a mesma questão, ambos envidaram fôrças e procuraram razões para explicar o fato da irrevogabilidade. Sem que um provasse a verdade da sua opinião, era impossível aniquilar a do opositor. Seria outro o

argumento: Por que a oferta obriga desde a posse por outrem primeiro tomador, no caso da emissão, ou possuidor de boa fé, no caso de furtividade ou invenção?

A isso respondeu G. CHIRONI: há pacto tácito entre devedor e credor, pelo qual a esse se permite desvestir-se da qualidade de credor e pôr a oferta em circulação. A resposta não satisfaz, e a objeção fica de pé.

3.TEORIA DA PENDÉNCIA OU DA APRESENTAÇÃO. Para a teoria da pendência ou da apresentação, *Pendenz-, Praúsentationstheorie,* quem emite o título ao portador se obriga a adimplir o que promete no escrito; e há de realizar a prestação a quem Ihe apresentar. Está visto que entre a *emissão* e a *apresentação* por parte do portador há lapso, que pode ser maior ou menor. Durante esse tempo não há *vinculum;* enquanto não se dá a apresentação, não existe, em alegação à promessa do emitente, nenhum direito e, por conseguinte, nenhum verdadeiro credor. Para que surgisse credor, mister seria a apresentação do título: no momento em que se apresentasse, surgiria o direito à prestação.

De modo que há dois fatos distintos a apresentação e a vincularidade. Esse nasce daquele. O direito e a pretensão formam-se de súbito, quando o último possuidor do título, exercendo a faculdade que toca a todos os possuidores, se apresenta ao emitente.

Formulador de teoria em tal sentido foi R. voN JnEaíNc~ (Unsere Aufgabe, *Jahrbúcher flir die Dogrnatilc,* 1, 49-50). No título, não há, para ele, a dívida, mas apenas o meio jurídico capaz de formar a dívida. Em vez de constituir corpo de direito, como ocorre na teoria da incorporação, ou simples documento probatório, como querem outros, o título nada mais é do que fato, preexistente ao direito. Em vez de prova, fonte. O possuidor do título está, para a obrigação, na mesma posição jurídica em que o chamado à sucessão se acha em relação à herança: têm ambos o direito de adquirir, por meio de apresentação, ou aceitação; mas esse direito, num caso, é transmissível; noutro, intransmissível . <Pensava em sistema sem a *sattnna.}*

Entre os Romanos, todavia, houve meio de tornar a herança, pelo menos a testamentária, transmissível , e era o de instituir-se, em lugar do herdeiro, o escravo desse . Mercê de tal expediente, o proprietário podia transferir a quem lhe aprouvesse o direito de aceitação. Assim o titulo ao portador: quem é dono do título (papel) também o é do direito de o apresentar e de se fazer credor do emitente. Ali, o

proprietário do escravo é o chamado *pro tem pore a* herança; aqui, o possuidor do título é o titular *1oro tem pore* do direito de apresentação. Fez R. VON JHERING

ressaltasse a analogia e encareceu-lhe a significação .

Em ambos os casos, trata-se, para a teoria, de possibilidade, concedida por meio de uma coisa, e por isso mesmo transmissível com ela, de fundar relação jurídica: o elemento real é sozinho , enquanto não se apresenta o titulo a quem o subscreveu. O elemento pessoal, aí. não é o direito de crédito, mas o direito de apresentar.

À imitação do que se dá nó chamamento à sucessão, o que coexiste com o estado pré-jurídico não é o direito direto, mas *direito prévio a adquirir aquele.* Entre as duas relações jurídicas extrema-se, todavia, diferença: na sucessão, a possibilidade de adquirir dimana da propriedade; no título ao portador, decorre da posse da coisa.

Não se pode negar ao grande romanista muito de clareza, de precisão e de perspicuidade na análise das duas relações, que assentam, ambas, sem artificialidade, na concepção ortodoxa do contrato. Aferidos os argumentos contrários. verificaremos que, nem sempre, senão raramente, foram felizes.

Uma das objeções principais é a seguinte: se o contrato só se torna perfeito no momento da apresentação do título, *r*

antes que tal se desse devia ser possível ao emitente revogar a oferta, e tolher, de súbito, a circulação do título. No entanto, tal faculdade não lhe é reconhecida. (Esqueceu aos argoidores que a revogação pode ser excluída por fôrça de pacto, e poderíamos considerar a cláusula ao portador como uma das fórmulas para elidir, *ab initio,* a revogabilidade. Por outro lado, não atenderam a que, se verdade é, ex *hypothesi,* não haver perfeição do contrato senão no momento em que se apresenta o título, também é certo que o ato revocatório atentaria contra o direito real, ou, pelo menos, contra a posse do papel escrito, elemento *real,* que é fonte do outro, mas. então, direito adquirido.)

Outra objeção (R. MONTESSORI, *DellOhh!íqazione aí portatore,* 45-47) *:* como se haveriam de explicai os direitos que competem ao possuidor do título antes da apresentação; por exemplo, os direitos aos interesses e aos dividendos, a tomar parte nas assembléias, ao exercício da ação de responsabilidade contra os administradores nas ações de sociedade? Aparentemente, a pergunta é decisiva e inçada de dificuldades; mas, examinadas à boa luz as hipóteses, que suscita, em

nada vem contraminar a construção teórica de R. VON ,IHERING. Porque tais efeitos derivariam, como a exigibilidade, da *apresentação* do titulo, e nenhuns inconvenientes existiriam em crermos o título. pelo fato da posse, fonte da criação de vários direitos, tantos quantos possa reconhecer-lhe a lei.

No momento em que se *apresenta* o título ao portador, ou que dele se separou, nasce (segundo tal teoria) o direito ao juro ou ao dividendo. O cupão outra coisa não e do que titulo ao portador, como o fato da suspensão: o próprio direito de apresentar está sujeito à cláusula suspensiva, que é o advento do dia ou mês, que nele se menciona, para pagamento dos juros ou dos dividendos respectivos. Eis, aí, concisamente discriminados: o elemento *real* (posse do título ou cupão), o elemento pessoal, que é o direito de apresentação, e o último e definitivo elemento *pessoal,* creditório, que nasce do fato mesmo da apresentação. A existência do termo inicial.

ex *dir,* que pode ser *dies certas quando,* nos títulos de empréstimos e ações , ou *dies incertas quando,* nos seguros, ou até mera condição suspensiva, *ri/es incertas a-n,* nos cupões sorteáveis. protrai a eficácia jurídica (lo elemento real como gerador d> direito de apresentação. Entre a posse (o título, que ~á então é transmissível, como sempre, e o nascimento do direito de o apresentar, medeia situação de pré-forma do direito. que é com. um termo aos efeitos da posse, não à posse mesma. A posse, ai, e meio, como o terá de ser, em relação à exigibilidade. ao nascer do *crédito,* o direito de apresentação.

O direito de tomar parte nas assembléias não se explica-na menos facilmente . As leis de sociedades anônimas admitem. para todos os efeitos de direito, os que se apresentarem com ações ao portador. Ora, o que se cria, com tal apresentação. não é o direito de crédito, mas o direito de tomar parte na~ assembléias, o que compõe espécie idêntica à anterior, e escusa maior exame. Os estatutos podem mesmo estabelecer que os possuidores de ações ao portador as depositem na sede da sociedade ou em estabelecimento designado nos anúncios de convocação pelo menos antes das reUniões da assembléia geral, sob pena de não tomarem parte nas discussões e deliberações (cf.

Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940. art. 91, 2a alínea, 2,a parte; antes, Decreto n. 434, art. 136, Decreto n. 8.821, art. 60, parágrafo único) ; e mostra isso que um é o direito que nasce para a apresentação a fim de *tomar parte na. assembléia,* e outro, o que provém da apresentação para adimplemento imediato da prestação ao portador, em cujo favor, naquele momento, nasceu o direito pessoal e, *ipso facto,* o débito.

Respondidas estão as admoestações dos impugnadores da teoria de R. voN JEERINO, mas necessário parece argumento final, em que se evidencie a autonomia dos direitos de tomar parte- nas assembléias e os de exigir a quota social. E quem no-la dá é, mais uma vez, a lei: o capital social pode ser dividido em ações e essas subdivididas, de modo que formem ações fracionárias de igual valor. Quem é portador de uma dessas frações pode, de si só, receber dividendos, e exercer os mais direitos, que não inerem à *unidade* da ação, ao passo que o tomar parte nas assembléias se reserva ao conjunto de frações que tenha o valor de uma ação . Não só esse direito se reserva, como todos os outros, que tenham por fonte a apresentação da ação-unidade.

Mais uma objeção que se fez :os possuidores das apólices ao portador porventura não são os verdadeiros e próprios credores do Estado? Se negativa a resposta, ~quem será, para cada parcela do empréstimo, o sujeito ativo da obrigação? Deve-se a 1-1. FITTINC o argumento máximo: a solidariedade perfeita, ou correalidade, constitui a figura jurídica de obrigação única com pluralidade de sujeitos, cada um dos quais é como se fôra credor único, ou único devedor; ora, em tais obrigações, o obrigado ou o credor fica em pendência, até que se determine, pelo fato que poderíamos chamar *fixativo,* mas que o autor da *teoria da alternativa* preferiu chamar ~escolha~r

<ALBERT WAHL) Assim, no título ao portador (H. EITTTNG, *fie Natur der Korreaioôîiqotionen* 2,35, nota 257) : quanto ao credor, ainda é incerto quem virá exigir o título. A incerteza, a infixidez só se esvai quando se opera a opção. conforme a intenção das partes, e aí por meio da posse.

Devemos notar, antes de tudo, que a explicação do fato jurídico da correalidade não é menos controversa que a do título ao portador (Tomo XXII, §~ 2.746-2.758). Há *unidade* de obrigação e *pluralidade* de ligações subjetivas (subjektive Beziehungen), dizem F. L. VON KELLER, (à. J. RIHPENTROP e *r*

E.WINDSCHEID; mas J. E. RUNIZE, J. A. FRITZ e outros opuseram objeções. Unidade de direito com pluralidade de obrigação. assegurava J. CHR. fiASSE; e E. 1. BEXEER, moderadamente: unidade de obrigação com pluralidade de ações, o que seria, noutro conceito seu, unidade de razão com pluralidade de ações. Inverteu A. PERNICE o conceito: unidade de ação com pluralaridade de razões. Outros, mais sutis ainda, propuseram: pluralidade das obrigações para os credores e devedores dê per si, e obrigação única para a totalidade (J. BÀRON) ; as obrigações são conceptualmente consolidadas na unidade (J. UNCER) a obrigação de um vem *concebida* na do outro (E. HÓLDER)

pluralidade de obrigações como regra, em certos casos unidade *(G.* HARTMANN) ; pluralidade de obrigações, unidade do conteúdo da obrigação (J. E.

KUNTZE) ; as várias obrigações *reunida,s* em relação jurídica, e não só constituídas mediante o mesmo negócio como incidentes no mesmo objeto (H. DERNPURO, *Pandekten,* II, 191) ; unidade de relação de responsabilidade com pluralidade da responsabilidade, da qual relação emana, por meio da *petitio,* o crédito, ou, respectivamente.

o débito (V. PTJNTSCI-IART). Enfim, a explicação de II. FITTINC, que a propôs como síntese teórica da incerteza de sujeito nos títulos ao portador: para ele, a essência da obrigação correal está em que, a princípio, há simples indeterminação da pessoa do credor ou do devedor, o que se elimina depois, com a escolha ou fixação.

Seguiram-no R. STINTZING e outros. Numerosos foram os opositores. Dentre eles, E. WINDSCHEID

(Lehrbuch des Pandektenrechts, II, 201 s.), foi o menos parcial e o que, mercê de prudência e exame, melhor atentou no que há de verdade e reconheceu à teoria de H. FITTINC algum valor, embora mantivesse o seu conceito especial de obrigação única com muitas ligações subjetivas. Certamente, repugna à explicação dele o conceito da obrigação correal como tendente a prestação com conteúdo determinado alternativamente. O que não se há de negar é que II. FITTING analisava as relações e se desinteressava da análise dos sêres (sujeitos, objetos), para se concentrar no exame da relação jurídica da correalidade. Na essência, o fato, que nos apresentava, se não basta para, de si só, esclarecer a *vexata quaestio* dos títulos ao portador, foi argumento eficaz contra a objeção que acima reproduzimos (cf. Tomo XXIII, § 2.746,2). A indeterminação campeia no direito, e a cada passo encontramos problemas que ela levanta. Deixar de consigná-la como fato, e querer explicar a sua aparente anomalia, a fim de se manter a exigência da determinação, em tôda a sua ortodoxia, não é de bom aviso, nem científico. Onde se vê o anômalo, em hipóteses, como a presente, que se reproduz a espaços no mundo jurídico, o que há na verdade é apenas o abuso de generalização. Não há processo lógico para varrer da natureza os espécimes desgarrados. Demais, como se vê do exemplo de R. VON JHERING, a propriedade *pra tem pare* pode ser fonte de relação de direito. Não o pode ser, igualmente, a posse? À teoria da apresentação faltou apenas mais pertinácia no fixar a natureza da relação jurídica que se estabelece durante a circulação. Não atendeu à diferença entre *divida e pretensão.*

Na correalidade ativa encontramos *(in natura,* não doutrinariamente porque só nos interessam, agora, os fatos) obrigação entre um devedor e muitos credores determinados, dentre os quais é incerto *apenas* quem exigirá. A determinação, como se nota, provém do *fato* de um dos credores, que é. no vulgar, o pedido de pagamento.

Fixa-se, então, o credor, determina-se a sua figura; e o devedor, que a ele paga, exonera-se. Não é o caso do título ao portador? perguntou-se. Apenas, ai, mais requintada é a indeterminação: a posse do titulo abre o caminho a série de futuros possuidores. Entre os dois exemplos só se tem de consignar a diferença de grau de indeterminação subjetiva: no título ao portador, indeterminados parecem, não somente quem exige, como as pessoas em cujas mãos sucessivamente, corre o título; na correalidade, a indeterminação concerne apenas à pessoa a quem tocará o pagamento. As pessoas *credoras* já se acham determinadas: a indeterminação limita-se ao pagamento.

Tais considerações já foram miúdarmente feitas por escritor italiano (CARLO JACRINO. *Sull"entitâ beonorníca e jurídica dei Tijolo* , ns. 47 e 48, 106 a 107), mas sem grande convicção tanto que, em seguida, assentava ser de bom aviso dar por finda a doutrina e recolherem-se as armas, pois que, dizia, é impossível adequar o título ao portador à teoria gera e comum das obrigações.

A obrigação correM ativa é contraída entre pessoas individualmente determinadas e só é indeterminado quem exercitará o direito. Não se dá o mesmo quanto aos títulos ínomina dos: aí, indeterminado é quem *lerda* pretensão. Mas não quis o jurista alemão reduzir o título ao portador a pura obrigação correal ativa. Mostrou apenas a *identidade* de fato específico, no que revelou, convenhamos, segura orientação científica. Em ciência , não se pergunta se o fato *der., ser,* mas se é; o *deve ser* envolve, na substáncia , processo lógico, não *processo* da natureza. No direito como na biologia, as leis independem da lógica: em vez de experiências *ad extra,* são perfeitos conhecimentos ou sensações *ad mIas.*

Alega-se, ainda, que, nas obrigações correais, a possibilidade de exercitar o direito é latente em várias pessoas: e dá-se a alternativa. No título ao portador, em vez da idéia de alternação, o que se vê é a de sucessividade: a possibilidade do direito é sucessiva. Ali, uma ou outra pode exercitar; aqui, uma pode, *depois* de outra, que o não *r*

fez , apresentar-se ao subscritor e haver o pagamento.

Na obrigação correal há a alternativa, porque já houve determinação de credores e resta apenas a do recebedor: a relação jurídica estava estabelecida; faltava apenas determinação quanto à solução da *abliqatio.* No título ao portador, tudo ainda é indeterminado e só existe a cláusula *ao portador,* espécie de escolha prévia da posse para determinação do sujeito ativo do crédito e, depois, da pretensão.

Qualquer argumento contra II. FITTING leva a R. voJHERINO, de modo que se deve reconhecer o círculo vicioso dos que se entregam ao desenfreado malabarismo, a que os induzem indagações a *parte subiectí.* Se não, vejamos: após as objeções acima referidas, e após o exame objetivo, chegamos a afirmação científica, imediata

"nos títulos ao portador, como nas promessas ao público, a relação jurídica da pretensão nasce quando a pessoa se apresenta para se legitimar".

Não assim pensam os que partem de análise de entidades:

um deles, ROBERTO MONTESSORI, depois de consignar, exatamente, as duas argüições , tirou conclusão inteiramente preocupada com o conceito de ser e esquecida do conceito de relação. Para ele, o fato de poder uma pessoa, após outra, que o não fez , exigir o pagamento declarado no título, e terem-se os possuidores , um após outros, por credores *in potentia,* faz a teoria cair no conceito inadmissível de contrato *cuni incerta penso-na.* Mas, em verdade, ninguém falou ainda de contrato, nem de titular de obrigação: estava-se a examinar relação, que não é ainda, talvez, *vinculam inris,* e antes de lhe conhecermos a feitura, não devemos, nem podemos, cientificamente, passar ao exame das entidades. Essas devem existir, porque não há relação sem laço *(vinculam,* de *vineire,* ligar, atar), mas seria imprudente preestabelecer-se que o pólo ativo, que se desconhece, seja o *futuro* pólo ativo da relação jurídica perfeita. E cumpre notar-se que: *a)* na originária *teoria da pendência ,* a qualidade de credor está suspensa, pendente; quem transfere o título não transfere um crédito que lhe pertencia: o ato importa, apenas, trazer para o lugar do transmitente novo credor eventual (UMBERTO NAVARRINI) ; *b) à* diferença dessa feição ortodoxa, que não reconhece, enquanto o título circula, nenhum dir~ito de crédito verdadeiro e próprio, o que exclui, em substância , o contrato *cum incerta persona,* outras variantes existem que levam a simples expectativa ou germe do crédito. a quase-categoria de crédito; c) não aceitamos, na integridade, nenhuma das funções mencionadas, porque urge expungir, da teoria, os seus conceitos a *parte subiecti.* Não vemos *um.* débito, sem crédito, como querem G. BONELLI e UMBERTO NAVARRINI. porque há

irrevogabilidade da declaração do subscritor, há fôrça que ativamente a sustém: analisada a relação, sabe-se qual a razão do crédito. Para os mais, seria o próprio portador, pela *futuridade* de direito, que lhe assiste; para nós, absolutamente não: a análise da relação, que é o dado científico, levar-nos-á a conhecer o ente, que é conceito de síntese *(Gn.* SIGWART, *Logik,* II, 23 ed., 113 s.).

As idéias de R. vON JHERINC. e de H. FITTINC., na feição que os seus autores lhes impuseram. ou levemente alteradas, tiveram defensores extremados, e o próprio fundador as manteve em 1871 *(Juhrbiicher fài (fie Dogmatik,* 10, 446). Dentre os adeptos, hão de ser postos em relêvo: *C.* DE FONTENÃY (Die Wechselforderung hat ihren Crund in einem X‟ertrage, *Zi itsehrift fiir das q< ,samjnh‟ Handels,eeht,* 18. 74), F. FÓRSIER *(Theori< and Praxis des heutigeu genieincn ; >reussiseh‟n Priiatrechts.* 1, ga ed., 364), HIESSER *(Zeitschrift, IS,* 56 sã, que lhe adaptoti as modernas considerações da teoria unilateral, e UMBERTO NAVARRINI *(Intorno alia Natura qiuridica dei Tíbio de credito,* 54), que viu na obrigação do subscritor a promessa uni lateral. “Cotale obhligazione”, escreveu ele, “sará vi ncolativa e la sua perfezione potrâ avere veramente valore, allora quando ii titolo sia effettivamente in circolazione, sia pure che vi sia contro la volontá dell‟obbligato”. O fato é digno de nota: a teoria da apresentação independeria das concepções contratuais ou unilaterais; e cremos que maior não poderia ser a prova da sua procedência científica: a vontade unilateral vincula *perante todos,* até que se dê a criação prometida da obrigação. Uns vêem na promessa o contrato com pessoa *incerta:* outros, o contrato com o primeiro tomador e o pacto em favor de terceiro; outros querem o ato de vontade unilateral obrigatório *per se* ipso. Tais indagações e preferências não inibem de aceitar-se a teoria da apresentação, se, porém, vemos nascido o crédito e não ainda a obrigação. A divergência de alguns escritores toca as raias da sutileza preconcebida e o que os separa, em verdade, não é mais, as vezes, do que alguma palavra, usada em sentido mais ou menos dúbio, ou sem rigor terminologia .

§ 3.682. As teorias no Brasil

1.TRÊS TEORIAS. No Brasil só existiam. rigorosamente três ou quatro teorias, que correspondiam às principais correntes européias .

T

r

A *teoria do vínculo direto entre subscritor e possuidores.* com todas as suas conseqüências , teve defensor extremado em INGLÊS DE Sousa , que representou, entre nós, o máximo de retrógrado em teoria. Ao nenhum valor científico da sua construção juntou-se o premeditado esforço de evitar a discussão filosófica, o retraimento propositado em quaisquer questões de dogmática jurídica.

A teoria da vontade unilateral, adotou-a Clóvís BEVILÁQUA, em quem a influência de RENÉ WORMS foi decisiva. No livro *Direito das Obrigações* já frisara, há mais de sessenta anos, o que pensava. Por ocasião do Projeto do Código Civil melhor o fez ainda a depender do sociólogo francês. Há nele, então, frases como esta:

"Não é a vontade individual que determina, por sua confluência, a irrevogabilidade dos contratos, porém um princípio de ordem mais elevada que dirige as atividades individuais a um alvo distante, por ela desconhecido muitas vezes. Esse principio é o interesse social. . . Essa mesma energia de ordem superior exige também a seriedade nas promessas antes de conjugadas com a aceitação (2!), porque, então, já se suscitaram interesses valiosos que não podem ser desatendidos pela sociedade organizada" *(Código Civil Brasileiro, Trabalhos,* 1, 88).

Está aí vaguissimo trecho, em que se costeia a verdade e o autor põe de lado a sociedade, a fôrça ou energia social; a que aludiu, e dá mãos a II. SIEGEL. através do seu intérprete francês.

Em 1897, LACERDA DE ALMETDA *(Obrigações,* 68-88) classificou os títulos ao portador entre as obrigações com sujeito indeterminado. Contratualista, portanto. Na segunda edição da sua obra, conservou a classificação, os mesmíssimos dizeres, porém em notas deu ganho de causa à teoria unilateralística. Não percebemos como poderia ele conseguir conciliar os dois conceitos.

Veio, depois, M. 1. CARVALHO DE MENDONÇA *<A Vontade unilateral,* VIT, IX e XII). Não se lhe entende o sistema. Começa por negar que exista teoria ou doutrina da vontade unilateral, e afirma por sua conta: "O direito não formula nenhuma *teoria* sobre a vontade unilateral". Mas o próprio autor escreve:

"0 seguro de vida em favor de terceiro, o título ao portador e outros institutos nem sequer compreensíveis diante dos preceitos recebidos pelo direito romano, surgiram espontânea-mente na prática da sociedade nova e só em nossos dias adquiriram os seus definitivos

delineamentos, oferecendo elementos concretos à generalização da teoria unilateral". E mais adiante (56) : "Sem dúvida a promessa é irrevogável desde que é emitida, de acordo com a maneira de ver dos partidários da doutrina da vontade unilateral, entre os r~rais nos achamos".

3. EXAME DAS TEORIAS. Como vimos, a literatura jurídica brasileira é, na dogmática dos títulos ao portador, quase indigente. Interessante é notar-se que a maior sacrificada com isso foi a *prática.* Não tendo convicções assentes, ou sejam de ordem científica, ou preliminares, ou teóricas, ainda erradas, o que daria côr firme às meditações, os juizes e juristas mantiveram-se em domínio meramente *opinativo,* atitude propícia a serem dados os pareceres de oitiva, ou ao sabor dos consulentes, ou com aquele processo dos pedaços de papel ao ar, a que se referia um dos clássicos da língua portuguesa : a opinião que primeiro cair, essa será a certa.

Acresce que o título ao portador muito se liga à posse. Ora, a teoria da posse fora mais infeliz, a despeito de ter o Código Civil brasileiro a melhor delas. As poucas incursões teóricas que encontramos nos nossos juristas, ainda as mais novas, eram *anteriores* à mentalidade que presidiu ao Código Civil alemão e ao brasileiro, decisivamente.

De modo que os raciocínios *partiam* de premissas falsas. Tentou-se reconstruir. com barro, casa de pedra.

§ 3.683. A crítica das teorias

1. INTRÓITO. O maior mal, se não o único, foi assim nos livros empíricos como naqueles cujo intuito era a exposição raciocinada, filosófica, metodológica, ou, pelo menos, doutrinária considerarem-se coisas distintas, heterogêneas, irredutíveis entre si, *direito real* e *direito pessoal.* Com tal postulado. advindo, em germe, dos Romanos, e cimentado pelos modernos, conspurcou-se enormemente a teoria da posse. Os títulos ou portador eram campo igual. Aí, com toda a escolástica dos comentadores empíricos e com toda a preocupação de bom sucesso, que dominou a muitos doutrinadores, chegou a célebre distinção ao auge da indiscutibilidade dogmática, a ponto de, por ela, se querer excetuar a noção mesma dos fatos jurídicos.

Ou o titulo ao portador é simples instrumento de obrigação , ou é direito real. Tal o dilema que se entalhou. A singularidade aparente de alguns efeitos da própria cláusula "ao portador", e a sedução da novidade, que seria a tese da manifestação unilateral de vontade, fizeram

vitoriosa, nas opiniões, a *teoria da autonomia. absoluto,* oriunda da concepção do título "ato jurídico", em substituIção da que o tinha como „contrato", ou de outras, que o explicavam ortodoxo .

Não cabe aqui o estudo da precariedade da distinção absoluta entre direitos reais e pessoais. Trata-se, na verdade.

de uma daquelas *notio* ou *praenotio* o es, a que se reportou F. BAGON *(Notam orqanum,* 1, 26, 17 e 36>, e que se acham no alicerce mesmo das ciências, onde ocupam o lugar que *competia* aos fatos.

A pesquisa meramente individual, subjetiva, nunca poderia levar às conclusões eficazes e decisivas que *r*

constituem a meta das outras ciências, para as quais o critério ordinário é o método objetivo, o exame detido dos fatos. Falta a *dúvida* de DESCARTES, que, desconfiando de todas as idéias pré-elaboradas, provisoriamente as rejeitava, a fim de que só se ponham, sob o nome de aquisição científica, os conceitos cientificamente extraídos pelos métodos regulares. Também é regra nas ciências naturais evitarem-se os dados sensíveis que possam ser demasiado *pessoats,* para se reterem exclusivamente os que apresentem grau suficiente de objetividade (E.

DURKI-IEIM. *Les Rêgles de /*a *Méthode Sociologique,* 55) assim o físico substitui as vagas oscilações que produzem a temperatura e a eletricidade pela representação visual das oscilações do termômetro ou do eletrômetro: "Le sociologue est tenu aux même précautions. Les caractêres extérieurs en fonction desquels il définit l~objet de ses recherches doivent être aussi objectifs que possibles".

Fizeram do direito disciplina empírica, onde a simples inteligência do estudioso quer e se arvora o direito de tudo resolver. Nunca o trato de outro conhecimento humano prescindiu tão deliberadamente de qualquer exame objetivo.

A fenomenalidade do mundo jurídico só lhes interessa na apreciação dos casos ocorrentes, a fim de se proceder à aplicação da regra jurídica. Esquece aos juristas que em todo o organismo do direito se encontram, a cada passo e cada vez mais agravadas pela coalescência, *as-pracnotiones* exprobradas por F. BACON.

Se, em vez de distinguireni o direito real e o pessoal, pela aparência *jurídica,* que assumem, no direito civil, os dois fatos. Compreendessem que o direito independe das divisões disciplinares, ou separações didáticas (público e privado; civil, criminal), e que, como fato social, é

um só, como uma só a biologia, ou a física, partiriam os juristas da noção objetiva do fato mesmo d~i existência da sociedade, do conceito de Estado, de *status* e de negócio, e então o direito real apareceria a seus olhos despido da irredutibilidade só visível aos olhos nus do jurista, como a eqüidistância das estrelas é ilusão só aceitável pelos não iniciados na ciência.

Nada há de verdadeiramente específico entre o direito real e o pessoal, senão o ser, nesse, imediato, caracterizado, individuado , o sujeito passivo, e naquele, mediato, incerto (se assim preferem), geral, incaracterizável para aqueles que não compreendem a função mesma do Estado, que é *vincular* e *obrigar* os indivíduos a cumprir o prometido *expressamente* ou o *outorgado* (contratos, senso estrito; testamentos, títulos ao portador, promessas de recompensa, reconhecimento de dívida, constituição de direitos reais) e aquilo de cuja observância são obrigados pelo fato mesmo de viverem na sociedade, submetidos às suas contingências e às regras da moral vigente, do direito, da estética, da economia *(e.* g., direito real, obrigação *ex delicto,* penalidade, pagamento de impostos).

Não há lugar para o direito real separado, em absoluto, do direito pessoal. O que é admissível e proveitoso é atender-se à diferença entre tais direitos, não um como iu,s *in re,* e o outro *iu,s ad rem,* mas como *jus erga omnes* o primeiro e *ins erga omnes et certa porgoiui* (ou *certae* personae) o segundo. Huco GRÓcIo, seguido por J. G.

HEINÉCIO *(Eccitationes in elemento iaris riU/is,* 1, § 334), definia o *jus in re:* "facultas homini in rem competens ame respectu ad certam personam"; e o *ias ad vem:* "facultas personae competens in personam, ut haec dare aliquid aut facere teneatur". Noção precisa, a primeira; e a segunda, quase idêntica A de 12. HUBER, reproduzida por J. P. W"ALDECK *(In.stitutiones inris cinilis Heinecciance,* 155) "facultas, competens personae in personam, ut haec aliquid dare vel facere teneatur". Ambas, bem que exatas, pouco seguidas em sua estrita intenção, em sua objetividade, característica mas *relativa.* Trata-se de distinção vulgar, indispensável ao bom entendimento das leis e dos institutos, porém distinção à cuja base nada há de funda mental a(" direito, de estritamunte científico, nem de esotérico Não é divisão natural dos fenômenos jurídicos . que os separe em toda a extensão do mundo jurídico, e sim classificação teórica, fundada nos caracteres aparentes de duas ordens de fatos, quando observados no seio do direito, ao se lançar a vista sobre o conjunto da ciência jurídica.

As definições de direito real e de direito pessoal, de ut" unilateral e contrato, não tém outro valor que o *de enunciar dados escolhidos para*

exposições fáceis, mais ou. menos sistemáticas. Puras definições didáticas, universitárias, como a maior parte dos "conceitos de entidade", no direito civil. Daí a célebre frase do jurista romano que argüia de perigosa qualquer definição em direito civil; ao que GEORG JELLINEX *(Aligerneine Staatslehre,* 29) acrescentou: a definição não vai *ossaz longe* e os fatos a podem desmentir, "a complexidade dos fenômenos „que compõem a vida não se pode encaixar em fórmulas estreitas; se se quer alargar o quadro delas, incide-se em conceitos ocos e lugares comuns, destituídos de qualquer valor científico".

O conceito do direito real e o de direito pessoal são conceitos-tipos, suscetíveis de transformação e evolução, que ora lhes modificam a aparência, a compreensão formal, ora lhes alcançam o cerne mesmo, lhes impõem o descoramento, o vago entendimento dos pósteros, como sucedeu aos bens "ostensivos" e „inostensivos" dos Gregos. -

2. O QUE FALTA ÀS TEORIAS. Falta às teorias dos títulos ao portador, em sua maior parte, a análise; sobra-lhes ~ minúcia ideológica. Em vez de indagações analíticas e de explicações estresidas das induções, dos *r*

fatos, temos meras aquisições conceptivas, ciência que julga, "non d"aprés les faits et la réalité des choses, non d"aprês Les textes de droit, mais d"aprês ce qui aurait dú être, d"aprês l"impression individueile que doniie un coup d"mil réservé jeté sur quelques un de ces textes", "une science impressioniste au plus haut degré".

(EUGÊNE REvILLOUT, *Les Obligatioits en droit égyptien com-puré au~ autres droits de l"ant&juité,* XLIII) -

A *incorporação,* por exemplo, que é a idéia mestra na maioria das espécies teóricas, que antes enumeramos, nada mais representa, em substância, que solução dogmática, conforme reconhecia A. BRINZ *(Lehrbuch der Pandekten,* II, 577, lota 9), e grande arrôjo de concepção. Presta o seu serviço.

Precisemos os pontos:

(a) Nada se opõe a que um direito possa ser *pessoal* e, encaixado em título formal, produza efeitos e conseqüências que de *ordinário* só produzem os *direitos reais.*

(b) Nada obsta a que os dois direitos o de posse do papel e o do crédito (com a futura obrigação), que nele se inscreve estejam em tão íntima relação, que a transferência daquele importe a desse.

(c) Ainda mais: nenhuma dificuldade de ordem lógica ou técnica nos impede de admitir que o direito seja, agora, de crédito, e em seguida, pelo fenômeno que os mais dos escritores chamam *incorpora çâo,* passe a ser incluso na posse do corpóreo; porque, na realidade, não se derrocam com isso os conceitos a *prior-i* de elementos do direito.

Nos títulos ao portadór, via F.GENY *(Science et Ttchniqne en Droit Privé positif,* III, 76), com a antecedência de L. LACOUR *(Précis de Droit comercial,* 602 e sj, a transformação dos direitos que eles encerram em objetos corpóreos, assegurando-se a proteção dos terceiros de boa fé, sem que desapareça, *entre os figurantes,* a causa da operação. Em sentido inverso, várias vezes chamamos e tratamos como direito, *ies iuris,* situações puramente de fato e de caráter exclusivamente fáctico , como a posse (A. ERINZ, *Lehrbuch der Pandekten,* II, 577, nota 9).

8.A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO PESSOAL E DIREITO REAL Direito real e direito pessoal não diferem, sociolôgicamente , em si mesmos, isto é, *em razão da natureza profunda de um e de outro;* mas, e exclusivamente, mercê de nossos critérios autóctones ao direito, que tomam a realidade jurídica por fenômeno sem inícios e sem causas remotas, espécie de corpo espontaneamente gerado. A interdependência dos membros da sociedade (solidariedade social, contrato social, ou quase-contrato social, ou o que quer que se chame), o fato mesmo da existência do Estado, com patrimônio que toca ao serviço da coletividade, à garantia pública dos direitos individuais (propriedade, personalidade), tudo isso está à base do direito, como o substrato comum da sociedade, de que a juridicidade não é mais do que elemento estático e dinâmico .

O conceito jurídico de obrigação, tal como o tem, restritíssimo, o direito, fez do direito pessoal uma espécie e do direito real outra, in *re* e *ad rem.* Assim a diferença nasceu de conceito; é *praenotio* derivada de outra *praeno tio;* não, portanto, noção objetiva, representação científica proveniente do exame dos fatos.

A fonte do direito, qualquer que seja, não pode estar, inteira, no domínio do direito, porque o direito, como todas as outras ciências, não se basta a si mesmo. Pressupõe outras ciências, como a Sociologia pressupõe a Psicologia, e essa, a ciência da vida. O *jus* e a *objigatio* estão em todo o direito; esses , sim, são dados científicos, encontramo-los no cerne de qualquer fenômeno jurídico, porque são conceitos derivados do conhecimento imediato da natureza da realidade jurídica. Na verdade, por mais que se remonte na história, o fato da associação é o mais importante de todos. Porque é ele a fonte de todas

as vinculações e obrigações.

A prova histórica de que a distinção entre direito real e direito pessoal como *dado cientifico* não poderia considerar-se generalização definitiva, coeterna, da ciência jurídica, está em que, na antiguidade, seria *inadeqiuivel* aos fatos (SuMMER MAINE, *L"Ancien Droit,* 242), pois que então fôra impossível estabelecerem-se fronteiras entre direito real e pessoal. No direito grego nem sequer havia expressões equivalentes ao *dominium* e à *proprietas* dos romanos (P. PLATNER, *Der Process u"nd die Klagen bei den Attikern,* 11, 291) e, a despeito do que escreveram A. W. HEFFTER *(Die athenaeische Gerichtsverfassung,* 266 e 346) e T. TEALHEIM (em XC. E. HERRMANN, *Lehrbnch der griechischen Rechtsultertúmer,* 114, nota), a paívra oiiaLa designava, não o direito real exercido sobre os bens, mas os próprios elementos do patrimônio (L.

BEAUCHET, *Islistoire du Droit privé de la République Athértienne,* III, 53), observados econômicamente:

Assim tinham em vista os juristas gregos, no distinguireni a propriedade e os bens, a *visibilidade:* dqmv-(~, oculto, invisível (GUSTAV E. BENSELER, *Griechisoh-Deutsches und Deutsch -Griechisches Schul-Wárterbuch,* 1, 118, onde, aliás, há êrro de definição, à p. 819, que apontamos no livro *Dos Títulos ao portador,* 2a ed.; 194).

Deixemos de lado a controvérsia da fixação do conceito da visibilidade dos bens; não poderíamos, hoje, penetrá-lo inteiramente, como seria impossível aos Gregos entender, com exatitude, a distinção moderna dos direitos reais e pessoais. As interpretações <te DE KOUTORGA (a ostensividade referir-se-ia à maneira pela qual se possuíam as coisas mesmas, em si) -de P. F. GIRARD (bem ostensivo, bem *corpóreo;* bem inostensivo, bem *r*

incorpóreo), de ILARPoKRATIoN (bens imóveis e móveis), e outras, intermédias, não conseguiram persuadir o mundo jurídico, talvez porque faltassem aos próprios bens ostensives e inostensívos caracteres diferenciais a *bsolutuns,* como faltam, hoje, ao direito real e ao pessoal. Os argumentos „de DE KOUToRGA põem por terra a interpretação de WÂCHSMIJTH, G.-F. SCHOEMANN e outros, que vêem sob (ç<1"EQ(L e *apuví* as noções romanas de *res ir mnbilts* e *res mobiles,* e o que se lê em P. F. GIRÀRD e DE KOUTORGÁ não constitui matéria inconfiavel maxímo e se tivermos em vista que ambos acordam em que a propriedade: abrangia os capitais e diferia apenas na extensão do conceito. Ora: sabemos que capitais e coisas incorpóreas não podiam ter, em tempos gregos, distinção radical ;

sabemos também que para se livrarem dos impostos servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum". No definir obrigação, o texto põe em antítese o conceito de direito real: em vez de haver coisa, que é *nossa* (propriedade), ou servidão, que é nossa, o direito de obrigação consiste no constranger outrem a dar, fazer ou prestar, atribuindo-se a prestar, não o só significado global dos fatos anteriores (fazer e dar), mas o sentido especial de responder por certos fatos, O texto, por motivos vários; que expõe com intransigência, reputou-o SILHO PEROZZI por suspeito. Para ele, não é romana a distinção entre direito real e pessoal: os compiladores do Dígesto criaram a antítese e atribuíram-na a PAULO, na L. 3, inventada por eles, mediante a transformação dos dizeres de GAIO *(In.st.,* IV, 2), relativo a separação das ações em ações *in rem* e *in personam:* "In personam actio est qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contracto vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare, facere, praestare oportere". Afigurou--se-lhe denunciadora de interpolação a palavra *substantia,* do texto que se atribui a PAULO; porque *substant ia,* no sentido de *essência,* só a Bizantinos ocorreria. A essa advertência sagaz, opuseram CARUSI <Sul concetto dell"obbligazione, *Studi per* SCTALOJA, 1 117 e sj e CARLO FADDA <*Teoria dei Negozio giuridico,* 31), que, ali, *substantia* equivale a conteúdo do direito e que, no mesmo comentário gaiano <IV, 118), por *substantia.* se entende o conteúdo, a matéria. Ainda mais: nem a terminologia bizantina empregava *substantio* somente por essência, nem era tal sentido exclusivamente justinianeu. Mas foi mais além SIL„110 *PEitozzí:* em lugar de *alium obstringat* devia haver *aliquem obstringat;* mas CARLO FADDA advertiu não ter razão a crítica, pois que na passagem de GAIO <IV, 4), de que se extraira, na opinião dí" SíLvio Psaozzí, a interpolação do pretendido texto de PAULC, se fala de

"rem nostram *ab alio* ita petere" e antes (IV, 3) se escreve "litigamus cum alíquo", o que mostra o uso indiferente de *alius e aliquis.* A semelhança de definição pode ser levada à conta da usualidade da definição tradicional.

Transformar a passagem de GAIO e dá-la como de PAULi seria expediente que teria de ter prova. Seja, porém, como fôr, o certo é que os Romanos conheceram a distinção, e dela não fizeram, acertadamente, base da sua exposição sistemática do direito. Sombra, no direito material, da distinção processual (ações *ia reni* e *in personam),* a antítese do direito real e pessoal ficou no corpo e no espirito do direito romano sem fixação perfeita.

A hipótese de ter sido plasmada na distinção processual afigura-se-nos

fora de dúvida: dai crer mos de grande alcance o que, a respeito, pensava L.Mitteis sobre ser a antítese apenas concernente às ações e só ocasionalmente se haver formulado no fragmento de PAULO para o direito material, sem que pudesse pretender, com isso, atribuir-lhe o caráter de princípio fundamental.

A divisão dos direitos em reais e pessoais concerne apenas; ao conteúdo concreto, *atual,* da relação jurídica; a *questão do sujeito passivo não deve ser ventilada,* porque todos o têm. O conceito de relação jurídica , mesmo relação jurídica efeito mínimo, de *vinculum* está *em toda a* parte *em que se cogita dc fatos jurídicos.* São sociais esses e a própria sociedade só ~e explica pelo conceito do *vinculam.*

§ 3.684 Conceito do ato jurídico unilateral

1.AINDA ALGUMAS PRECISOES SOBRE O A"IN) JURÍDICO UNI LATERAL. Passemos ao exame (lo ato jurídico unilateral. Algumas considerações sobre o direita real e, após, sobre o ato unilateral. Talvez se pergunte que têm eles de comum, e que existirá, entre eles, que possa justificar a justaposição dos dois problemas?

Se deixamos de lado a razão de constituírem o que há de anômalo, em aparência pelo menos, nos títulos ao portador, insignes razões teríamos para tratar dos dois problemas, se não em conjunto, pelo menos em seguimento: primeiro, porque a promessa, unilateral ou não, é o característico do conceito moderno de dívida e de obrigação; segundo, porque o direito real, categoria social do fato jurídico e, talvez, a mais remota, mesmo se a antiguidade não conhecesse a divisão romana, tem na eficácia da manifestação unilateral de vontade a sua extrema antítese, o que não obstou a que os fatos antagônicos se conglobassem no instituto do título ao portador.

Nos primórdios , o conceito da *res* tinha de ser assaz limitado. Tanto isso é certo que, nos povos antigos e no antigo direito romano; a simples promessa, *pactum nadam,* não dava origem a nenhuma ação: *L. 7,* § 4, D., *de pactis:* ". . nuda pactio obligationem non parit"; L. 7, § 5: ..... ne ex pacto actio nascatur"; PAUlA *(Sententiae.* II, *r*

14, 1) : ..... ex nudo pacto inter cives Romanos adio non nascitur".

A promessa em si não era vinculativa na antiguidade. A exigibilidade jurídica da promessa, isto é, o crédito e a obrigação supunham que o credor emprestasse ou desse algo ao devedor: o fundamento da obrigação está, escreveu E. VON JHERING *(Der Zweck im Reoht,* 1, 270

s.), na prestação *(res),* na efetuação pelo outro figurante. Em seguida, em frases que se deveriam colocar como introdutórias do estudo da evolução do direito das obrigações, assentou: “Toda a promessa contém. portanto, a vinculação de fornecer prestação ulterior em lugar de outra já obtida antes (ou juridicamente tida como tal). A palavra sem a *res* é palavra ação , não obriga a ninguém; só adquire fôrça obrigatória pelo elemento substancial de ter *a* coisa como própria. Tal é a primitiva concepção romana, que durante séculos presidiu à evolução da obrigação romana, o que é atestado, desde os primórdios, pela linguagem. A etimologia, essa guardiã das idéias populares primitivas, pinta-nos em tal sentido a velha *dívida* romana. O devedor *(debitar)* é aquele que tem alguma coisa que pertence a outrem *(deitabere, debere, debitor),* credor *(treditor)* é o que deu qualquer coisa *(duere = dare, creduere, creditor)* ; a dívida é o dinheiro dado ao devedor *(aes alienum) “.*

Tal fato, que a finura de E. VON JHERING percebeu, em vez de constituir circunstância, acidente, acontecimento ou dado histórico, da primitiva vida romana, representa exemplo da vida histórica universal do conceito da obrigação; portanto. um dos fatos mais expressivos da noção rudimentar de *vinaulunt <uns* nos povos da antiguidade.

Dele tem-se de partir sempre que se pretenda compreender, sistemática e historicamente , o conceito de *vincularidade.* e não só o da *irrevogabilidade* das declarações de vontade.

2. Direito E OBJETO DO DIREITO. Do que acabamos de escrever, facilmente se tira que, nos primeiros tempos, o poder sobre a coisa, como objeto sensível, predominava nas relações jurídicas, o direito pessoal era dedução. O ato jurídico unilateral pressupõe, ou o público, *incerta persona,* a que se dirija (titulo ao portador.

promessa de recompensa), ou a pessoa determinada, que, só em se dando um fato, pode atender à promessa (testamento) . ou que (1ev ido ao caráter 1w o *„fico* do ato se presume acorde e se lhe dá apenas o direito de impugnar. em certa época , o ato unilateral quanto à substância íntima do fenômeno (reconhecimento de filiação : vontade expressa do pai; vontade presumida do filho).

Assim, toda a declaração de vontade *juridica é* ato juri(1100, e, como em tôda a declaração de vontade, para Aer jurigênea, mister se *faz* que a lei lhe dê entrada no mundo jurídico, é óbvio que toda a declaração de vontade, para ser ato jurídico, precisa de entrada no mundo jurídico. *Naturais* chamaram-se os filhos ilegítimos, e *naturais* dizem-se

também os ilegítimos em que não há a nota de espuriedade. Consensuais são todos o~ contratos, mas tendo-se em conta a *maior visibilidade,* pureza ou exclusividade do consenso em alguns contratos convencionou-se chamar *consensuais* àqueles que se ultimam pelo só consentimento dos figurantes e *reais* aos em que se faz mister, para a perfeição específica, *tradição* ou *consignação* da coisa, *res.* Não é o que acontece com os contrates e os negócios jurídicos unilaterais.

As distinções prevalecem, por úteis, que em verdade o são.

A exigência da *tradição* (o elemento *res)* não veio excetuar a consensualidade, e sim mostrar que há contratos em que o consenso não basta; excetua-se, portanto, a proposição, que, entre os elementos dos contratos, não mencionou a *res,* não, porém, a proposição sobre a consensualidade dos contrates, para que fôra preciso a substituição do elemento *eonsev* tus pelo elemento *res,* o que é impossível.

Dar o negocio jurídico unilateral como o contrário do contrato é, às vezes, necessário à exposição, para diferir o testamento, a instituição do bem de família , e, do outro lado, a compra-e-venda, a locação, o mútuo, o comodato; e para *se* explicarem fatos complexos, e por isso dificilmente compreensíveis, do mundo jurídico, como a denúncia, a revogação, o reconhecimento negocial, os títulos ao portador, a promessa de recompensa, a estipulação em favor de terceiro, os títulos à ordem.

A diferença entre o negócio jurídico unilateral e o contrato é *que agnéte se basta* (subscrição do título, promessa) *e nesse se faz necessária a vontade de* outrem. *que aceite a oferta.* Assim, a questão se reduz a saber: se não há, no negócio jurídico unilateral, bilateralidade, por existir, realmente, em alguém, o outro pólo da relação ou situação jurídica. Adversário da doutrina romana do contrato, tão nítida na regra pós-romana *lus a obligatio sunt correlata,* mas adversário cujos conhecimentos sociológicos não seriam para desprezar, teve geradora de direitos e escreveu: "L‟éffet de (troit n‟est pein~ en réalité produit par 1‟acte (le volonte. La nnniíesttitiun volontaire d‟un individu quel qu‟iI soU, sirnl)]e particulier, ou empereur, rol, président de la République, ministre, prefct, maire, est impuissante par elie-même à créer nn cffet dc „Ireit. L‟effct de droit est un fait social puisqu‟iI n‟est nutre chose QUC la contrainte socíalement imposée à une ou plusieurs voontés de faire ou de ne pas faire quelque chose. Or une \< >luflte individuelie ne peut pas par sa seule force produire un *effet r*

social. Mai;s si l‟acte de volonté individueile eM (letermifle par un but

soéial, s‟iI est conforme à Ia rêgle (le droit, sil temi ~ créer une situation de droit, 1‟effet se produit comine conseluence directe de l‟application de la rêgle de drõit: c‟est 1‟obli-gation pour la volonté, visée par Fade, d‟accomplir une certame prestation ou de s‟abstenir d‟un agissement et cela sons la sanction d‟une contrainte sociale et dans les pays civilisés d‟une contrainte socialement organisée".

Expressos em relação jurídica, são, por igual, direito real e direito pessoal. O que faz a diferença entre um e outro, no direito, não é o ser ou não ser unilateral ou bilateral, mas existir, naquele, coisa, corpórea ou incorpórea, em que o direito recai, de modo que não há, no pólo negativo, pessoa ou pessoas determinadas, pela razão de estar no patrimônio dessa ou dessas o conteúdo do objeto da relação jurídica *<dare, facere, non facere)*.

O fato da interdependência social, em vez de constituir argumento contra a opinião ortodoxa de serem *negotiurn* e *status* os dois fatos gerais do mundo jurídico, traz-nos clara explicação, demonstração científica do conceito da redução dos fatos jurídicos à natureza primária do *vinculum,* que é mínimo de efeitos na ordem jurídica.

Direito pessoal e direito real não são, pois, posições irredutíveis, cuja heterogeneidade impeça qualquer análise comum. A penhora, no processo executivo ou nas execuções, é como que o meio de que lança mãe a sociedade *(<mines>* para, a requerimento da parte, em ação regular, reduzir o direito pessoal a direito real, *excluir* o elemento acidental, provisório (pois o direito de obrigação contém em si iniludível caráter de provisoriedade e daí os prazos para adimplemento e os lapsos de prescrição) e assegurar, sozinha , a situação subjetiva, o *<us.* A sociedade, fonte do direito, é também o escopo, a meta, a finalidade dele, assim intencional como material. O

Estado mesmo, que é a pessoa jurídica politicamente expressiva de todos, pode ser sujeito passivo de direitos de obrigação, como pode ser sujeito ativo nos direitos reais. Aí, ele contrata, como o pode qualquer mandatário, sem usar da qualidade de órgão.

Direito pessoal é acidente; o direito real, o *adversus omites,* sem a individuação de um sujeito passivo imediato.

parece-nos a forma dogmaticamente primária dos direitos, porque é aquela em que está mais acentuado o fato sociológico da interdependência, da solidariedade social, como quer que se rotule a natureza intima da associação. Ter a pessoa como a substância e a

sociedade como o acidente pode ser bom critério na psicologia, na biologia; não porém na sociologia e, particularmente, nas ciências jurídicas. O primeiro fato, dentre os fatos juridiéos, é a própria sociedade em si, o *jus* inicial.

O direito, privado ou público, em que mais perfeitamente e com mais estrito caráter de originalidade se sente o fato da interdependência social, é o direito real, porque consiste em situação imediata entre homem e *todos,* em sua unidade superorgânica, ou sociedade. É o *genus prirnus:* ao passo que direito pessoal, que, no conjunto dos vínculos, poderia ser simples nas relações civis é *acidente,* como, sob o mesmo ponto de mira, a vida individual está para a coletiva como acidente para a substância.

A coessencialidade do direito real e do direito pessoal avulta no exame dos sujeitos passivos das servidões prediais:

e direito do proprietário do prédio dominante é *erga omnes, e* nenhum sujeito passivo imediato é obrigado diretamente perante ele. Mas, se bem examinarmos a realidade, veremos que. na propositura da ação, o veículo de atuação <e não o sujeito passivo) *será* sempre pessoa determinada, isto é, o proprietário *pro tempore* do prédio serviente.

presente, da fôrça social, da lei, da sociedade. A lei considerada, não como regra jurídica, mas, especificamente a *eficácia* como conseqüência da incidência da regra jurídica.

Uma coisa é o sujeito passivo e outra o veículo de atuação. O dono do prédio serviente é o veículo de atuação do direito contra todos. Mesmo que falte, o direito vai contra todos.

4. CONCEITOS DE SER. A idéia que os juristas não preocupados com a objetividade dos exames, com a integração do direito no conjunto geral das ciências fazem do mundo jurídico, insulando o da Sociologia, da Psicologia e da Economia Política, é a mesma, que tem o vulgo, da fauna dos frutos apodrecido~~ isto é a de terem os animálculos nascido da própria fruta, quase *ex nihilo.* Sobre alicerce de tal inconsistência natural e científica, nada se pode construir que não vacile, que não suscite e não alimente as controvérsias, as eternas~

divergência5 doutrínárias em matéria, onde só o método científico, acurado nas análises e nas sínteses, poderia encaminhar, com segurança, o espírito do investigador.

O que se observa em assuntos como a posse, a cessão de direitos, os títulos ao podador, a promessa de recompensa.

A frase memorável de li. STÀMMLER *(Wirtschaft und Reúht,* 188) de que o direito, como forma da existência *r*

social > pode ser estudado em particular, abstraindo-se de tudo o que e estritamente técnico, e exposto em tais condições de esoterismo, pode ser, com proveito, cotrigida e posta à introdução do estudo jurídico como uma das primeiras regras do método científico no direito: o direito, sempre que se trata de estudar a natureza dos fatos, deve ser pesquisado e exposto com abstração das divisões didáticas, da matéria artificial da terminologia empírica.

5. BILÂTERÁL E FORMA. Em todo o documento, cujo fim intrínseco e extrínseco é provar um direito, dando a situação jurídica, que lhe constitui a razão, as garantias da literalidade escrevem-se de ordinário o nome do outorgante e o do outorgado isto é, do devedor ou cedente e o do titular do direito. Assim, mencionados os figurantes, não só se tem expresso o nome dos sujeitos, ativo e passivo, em se tratando de documento probatório de obrigações, como se pode ter, nos negócios jurídicos de cessão, transferência, ou alienação de bens, o nome do primitivo titular do direito e o nona (lo segundo, adquirente. Aí, o nome do alienante se faz necessário, não só para se certificar a origem da aquisição, como para as relações existentes ou eventuais, oriundos da situação mesma dos contraentes entre si. Assim, de ordinário, dos direitos de crédito. Todavia, pode-se legar a pobres de determinado lugar (Código Civil, ad. 1.669) a qualquer testador é permitido deixar bens ou direitos a pessoa incerta dentre muitas que mencionar, ou componentes de família, corpo coletivo ou estabelecimento, ficando a determinação a arbítrio de terceiro (Código Civil, art. 1 .*668,* 1); no direito das obrigações, pode-se preferir, ao se escrever o título de crédito, evitar ~*t* determinação do titular do direito, de modo que se obtenha, por esse meio, título utilizável por quem quer que o tossíla:

o fato de ser "portador" e apresentar o título, basta mostrar que a pessoa, titular de um direito, é o credor investiu na titularidade da pretensão.

Porque, em tal título, o portador é o beneficiário, dá-se-lhe o nome de *título ao portador,* que é espécie do título de crédito, excepcional, porque a regra é serem nominativos os titulos, não só empiricamente (por serem mais vulgares e normais), como doutrinariamente (pois que, *neles,* do titular, no documento, torna mais simples o instituto

jurídico). O título, que não é ao portador, necessariamente é nominativo; e os chamados títulos à ordem são apenas variedades dos títulos nominativos, transformáveis, às vezes, em titulo ao portador.

A falta do nome do titular torna a relação jurídica como que concretizada no documento, por isso que só *Ve* pode, sendo possuidor, evidenciar com a posse ser o titular do direito e da pretensão. Daí o fato que os juristas convencionaram chamar *incorporação* . o direito *incorporação (* no título dizem, para se frisar que o documento probatório do *ias* tem, em realidade. outro fim que o de simples i *nformar* juridicamente, a abstração impalpável que é o direito.

Não indaguemos agora, *qual* o objeto do direito. Pode perder-se, extraviar-se, o título, e nem por isso, na maioria dos casos, morre a situação jurídica: o tomador 01! quem provar ter sido o último titular pode cobrar-se da dívida, usando de outros meios de prova e tomadas pelo devedor as precauções que forem necessárias.

O título ao portador é, *potencialmente,* documento em que se prova o direito de *incerta persona:* qualquer pode vir a ser sujeito da relação jurídica, em se substituindo ao portador atual. Mas apenas *potencialmente;* na *atualidade,* o que vale dizer efetivamente, *in concreto,* o portador é, se se apresenta. certo. Fosse portador é o sujeito de um direito, capaz de sustar, com a apresentação do titulo, a pretensão. Ignora-o, talvez, o emitente.

Sim; e porque assim o quis: conformou-se com o processo especial de transmissão, cuja simplicidade complica de algum modo os vários fatos na vida e circulação do título ao portador: a transferência pela simples tradição ou entrega.

~ possível que a materialidade formal do direito, no título ao portador, sugerisse exagerada noção de *incorpora o* do *ius,* como se a forma pudesse ser categoria mais importante do que a substância. O que não se pode admitir é que exame metodológico da realidade jurídica chegue à conclusão de que a livre circulação basta para excluir do pensamento a noção de dualidade de sujeitos em quaisquer relações jurídicas. Porque seria *excluir-se* a noção mesma de relação e *negar-se,* portanto, a ciência do direito. As manifestações de vontade, essas é que são unilaterais.

Ciência só se pode fundar na análise de relações. Todo o conhecimento que se alicerça em noções de entidade passageiro, deficiente e insuscetivel de verificação (no mundo dos fatos. O método objetivo, que tem como princípio máximo a análise das relações, chega,

necessariamente , aos conceitos de entidades, como formas de síntese. O método que pesquisa entidades parte de dado falso: a *unidade* de fato complexo, ou, deliberadamente, de todo complexo, que ele postula inicial, mas que terá de ser analisado em seus elementos primários (conjecturas da *ratio essendi),* ou em seu conjunto (critério empírico). Qualquer dos caminhos leva a varios pontos, menos à ciência; porque todo o *vincnlum iuris* é relação. Como a noção de sujeito de direito é produzida pela noção de relação jurídica, o sujeito pode ser senão pólo de uma relação. Se procuramos formar juízo analítico, que entalhe *r*

o conceito do sujeito de direito, achamos que essa definição não pode ser essencialmente diversa da noção de direito subjetivo.

Só à seguinte definição poderemos chegar (JULIUS BINDER, *Das Problem der juristischen~PersànÃich1Ceit.*

49) : ser sujeito de direito consiste em figurar na relação determinada pela situação jurídica, a que nós chamamos direito subjetivo. Dá-se o mesmo em se estudando os títulos ao podador: se desprezamos a velha indagação do *ser* e, cientificamente, nos despimos de pré-noções embaçantes , com evitar as perplexidades do indecifrável, a que levam as investigações de entidade, explicaremos a contento o mecanismo e a natureza dos títulos ao portador, e então teremos verificado que o empecilho único à perfeita compreensão fora a crosta de noções de entidade, *Dingbegrille,* que estão necessâriamente no nascedouro e na infância de toda a ciência empírica (H. RICTCERT, *fie Grenzen der natur-wissenschafttizhen Begriffsbildung,* 114) e no direito persistiram e se multiplicaram, mercê de contínua elaboração de teorias quase exclusivamente preocupadas com os seres , com os fatos *feitos* e as formas aparentes, sem atender a que as relações abstratas do direito são fatos propriamente ditos, naturais, como quaisquer outros, e por isso suscetíveis de estudo científico. O direito real tem sujeito, objeto, e sujeito passivo, que, se não aparece aos olhos inexpertos dos civilistas empíricos , há de ser reconhecido por quem quer que atenda a que a todo direito corresponde relação jurídica. No título ao portador, ou se há de ver direito real, eficaz contra todos como qualquer direito real, em que há, também, direito pessoal, excepcionável, como direito pessoal, *apenas* contra o devedor ou contra anterior possuidor *em* contacto com o atual, ou se tem o título por órgão de um direito, e a série de fatos parecidos com os do direito real como efeitos da cláusula ao portador, que é o primeiro fato que se há de estudar, na aplicação do método científico.

A tOdas as teorias suscitadas falta mais ou menos o critério científico,

que corrija no espírito do pesquisador o que possa ser ideológico, produto de preferências doutrinárias em assuntos afins.

Expungindo o espírito de *praenotiones* arraigadas, havemos de reconhecer que, na análise dos títulos ao portador, preconcebidamente procuram explicá-lo os juristas, como se fôra um *só* fenômeno. Preconceito esse , convenhamos, que, unificando a natureza dos dados a serem estudados, os torna. ai *initio,* diferentes do que são em realidade.

Não temos, pois, de dizer, antes de analisarmos os *data.* se o título ao portador constitui em si fenômeno exclusivo, pesquisável em sua unidade intrínseca e extrinseca, ou se, em vez disso, mostra possuir efeitos vários, denunciadores de causas igualmente várias. De começo , é preciso que se não confunda com o problema de existência do negócio jurídico unilateral o problema da *eficácia* .

Antes de assentar qualquer opinião sobre a unidade <lo instituto, dever-se-iam pôr em prática regras metodológicas de categorias diversas, mas todas imprescindíveis a boa orientação científica: regra filosófica, ou fundamental; sociológica, e de ciência jurídica.

A primeira é a que temos cristalizada em poucas palavras:

estudar os fatos nas *relações,* e não nos *seres ,* porque esses são sínteses e a metodologia científica e filosófica não poderia aconselhar investigação de sínteses. A segunda foi excelente-mente formulada por E. DURKHEIM

(Les Rêgles de la Mélhode socLol(tqique, 117) : quando se pretende explicar fato social. faz-se mister pesquisar separadamente a <„ausct *efíciente,* que o produz, e a *função ,* que ele exerce. Pode a última extrair-se das considerações de R. STAMMLER *(Wirtschdft vnd Recht iweh der naterialistischcn Geschichtsavifassuflg,* 13) :

“As experiências jurídicas, particulares, em compreensão clara, dependem do conceito universal do direito, e não contrariamente . O conceito do direito é totalmente independente de qualquer aplicação na experiência concreta.

Não pode ser obtido por meio de experiências jurídicas particulares, pois mercê daquele conceito é que se faz possível cada uma dessas experiências. Em toda experiência antolha-se-nos esse problema: ~ por que motivo a consideramos experiência jurídica? E só se pode dar resposta satisfatória em virtude do conceito universal do direito,

deduzido segundo método adequado".

Assim, pois, havemos de estudar, rigorosamente, os *titulo ao portador e os demais fatos de declaração unilateral de vontade jurigêrtea como fatos complexos, só analisáveis nas varias s relações jurídicas que neles se observam.*

Estudar os fatos nas *relações,* e não nos *seres ,* nas *entidades,* nas *coisas.* Nas ciências sociais, como em todas as ciências, a entidade não é mais, para o investigador, do que elemento ocupador de espaço.

6.DIREITO E OBJETO DE DIREITO. O característico de todo objeto de direito é a determinação concreta; mas o objeto do direito pode ter, indiferentemente, existência material, ou intelectual, isto é, existir material, ou conceptualmente. Corpo, ou idéia, pouco importa. Embora não possamos tombar em filosofia platônica, só a idéia existe, por isso que antecede à aparência sensível da coisa e o mundo dos corpos e das idéias se funda em *r*

estreitíssima conexidade. Foi segundo a *idéia* de coisa que a aparência dela se formou para o mundo das relações jurídicas (PAUL SOKOLÚWSKY, *fie Philosophie im Privatrecht,* 1, 28). É essa a concepção geral de PLATÃO, que se encontra, por igual, em ARISTÓTELES *(De partibus anima lium,* II, 1; cf. E. ZELLER, *Die Philosophie der Griecheu in ihrer geschichtlichen Entwickelung, 46* s., 36-28) e nos peripatéticos, como nos estóicos, a despeito das divergências existentes entre as diversas doutrinas filosóficas. Os jurisconsultos clássicos foram influenciados por essa concepção filosófica, que tem a idéia por elemento primário de tôda a coisa, ao passo que a aparência sensível seria apenas elemento secundário. Daí a existência da *coisa* não se alterar com a mudança ou renovação dos elementos corpóreos ou sensíveis: um navio ou uma casa subsiste, ainda que, após reparos sucessivos, nada do primitivo exista, pela mesma razão por que o homem subsiste, não obstante a substituição de todas as suas moléculas (L. 76, D., *de indicis: ubi quis que agere vel convenire debet,* 5, 1).

Existe a coisa pela idéia que se realiza na matéria, no substrato, e não pelo substrato mesmo: enquanto a idéia, continua de realizar-se no substrato, a coisa continua de existir independentemente de qualquer modificação ou renovação dos elementos dele. Se a coisa cessasse de ser realizada pela decomposição ou dissociação completa de todos os elementos do substrato, somente assim a idéia de que ela depende cessaria de existir.

O que vale, pois, no direito, é a *idéia* da coisa, não o substrato, e essa idéia. de coisa só se pode estudar, perfeita

-mente, nas relações jurídicas, porque também ela é conceito de síntese, ao passo que a relação é o fenômeno típico, objetivo. cientificamente analisável, do direito. A relação jurídica é *efeito* de algum fato jurídico.

Do que antes dissemos sobre a análise dos conceitos de ser, em vez da análise de relações, conclui-se que é parco *o* valor científico das distinções usuais: e. *g.,* pessoas físicas e morais, direito real e pessoal, ato unilateral e ato bilateral. como se existisse, entre tais conceitos, diferença fundamental. Os escritores que aplicam critérios filosóficos e exatos ao estudo do direito público não cometem vulgarmente as errôneas dos civilistas, sempre esquecidiços dos três conceitos necessários a qualquer pesquisa o conceito de direito, o de sociedade e o de Estado. Já frisamos alhures a improcedência científica da expressão *persona ficta* (nosso Problema da personalidade jurídica, *Revista de Direito,* 43, 25 e s.) e mostra nos as conseqüências do erro de método em se analisarem *seres* e não *relações.* Quanto ao direito real e pessoal, nada mais devemos dizer do que aquilo que escrevemos, páginas atrás, pois que o adágio *Jus et obligatio sunt correlata* pertence ao número dos conceitos de relação, intrínsecos a qualquer explicação da realidade jurídica.

Nada surge *ex nihilo:* a manifestação de vontade unilateral gera direitos porque ela se exerceu no mundo jurídico.

por incidência da lei, que é a entranha fecunda do direito. Duas vontades sem a lei não fazem negócio jurídico, não geram direito; tão-pouco, os atos de vontade unilateral. O *Vinculum juris* é o elemento característico da eficácia dos fatos jurídicos:

e o *vinculum juris* não se forma sem os dois pólos entre os quais se estabeleça a relação jurídica. Se A emite título e H o toma. tanto que se nomeie no documento o credor-tomador, temos o devedor e o credor *nomeado* no título; mas, se A exclui no escrito o nome do credor e insere a indicação “ao portador ou nada insere, o que vale o mesmo, não se pode dizer, com isso. Que ao título, ao crédito, ou, mais substancialmente, no *culum,* falte um dos pólos. Porque o título sem alguém que o *possuo* não é eficaz; e esse alguém é o *alter,* cuja natureza

se tem de estudar nas relações jurídicas. Pode não ser o tomador, nem o portador. É mais do que um ser individual. Porque o *alter* nos

contratos e influições com o ego constitui o *socius,* o homem partícula social. Daí a chamada *fungibilidade de sujeitos ativos.*

A hipótese do roubo ou do furto nada vem alterar ao conceito da bilateralidade essencial à eficácia do negócio jurídico.

O *negócio jurídico* é uma das fontes dos direitos e dívidas, porque é uma das espécies de fatos jurídicos. Na origem do negócio jurídico, a bilateralidade é o processo mais encontrável, e o próprio *status,* analisado em sua fonte remota e considerado em relação ao fato sociológico da interdependência social, não pode deixar de revelar a primitiva feição contratual. Ao nascer, ao casar-se, ao ter filhos, o individuo realiza, digamos assim, pressuposto, ou o pressuposto se realiza por si em virtude de ato remoto de vontade, para perfazimento de relações jurídicas, em que ele é credor e devedor, em relação ao *alter,* e, às vezes, em relação a pessoas determinadas (contra, FERDINAND TõNN~S, *Das Wesen der Soziologie,* 8). Mas esse primitivismo foi cedo atenuado e pôde o homem tratar com entidades sociais, com *alguém que não conhecia,* ou com *quem se ache em determinada situação,* mesmo que se desconheça e que mude. O negócio jurídico não a relação jurídica, que é *eficácia* passou a poder ser unilateral. No *plann da. existência,* o negócio jurídico é bilateral ou unilateral. No *plano da eficácia,* o que há são efeitos, relações, e a relação jurídica, oriunda do negócio jurídico, como de qualquer fato jurídico, é necessariamente bilateral.

Pressuposto, dissemos; entenda-se: *condicio juris,* coisa essencialmente diferente de condição e, por isso mesmo, *r*

subordinada a regime jurídico inteirar „ite diverso. As regras dos códigos, concernentes às eondições, não se aplicam às *condiciones zurzs.* Essas enfim são mexas aos negócios jurídicos, incluídas pelos manifestantes de vontade, que poderiam não as ter incluído; são *dados,* prefigurados na lei, para que exsurja a figura jurídica. Cf.

Tomo V, §§ 538-548.

Com elas não se *condiciona* o negócio, porque só se condiciona algo que se trata como outra coisa, ou que como tal se poderia tratar.

lictio não foi sempte sustentada. Já os Proculeianos a contestavam, conforme ensinou R. VON CZYHLARZ *(Die Eigenthumscrwcrbsa;rtcn,* 1, 114 s.). Para eles (e nós pensamos diversa-mente) a só vontade do derrelinqúente não bastaria à perfeição da perda; fazia-se mister que tal vontade fosse aceita pelo ocupante. Seria a tradição a quem queira

tomar a coisa, tradição iniciada pelo ato unilateral, mas só perfeita se alguém se apresentasse para adquirir. Em tal momento decisivo, é que se ultimaria a derrelicção; antes poderia retomá-la o proprietário. Era, para os Proculeianos, em substância, a figura do *jactus rnissilíum,* mancheias de dinheiro à multidão, que o recolhe, pura *troditio iii incertam personam.* Não melhor do que os Proculeianos, tentou explicar SILVIO

PEROZZI o instituto jurídico da *derelictio:* a contemporaneidade dos atos de abandono e de ocupação nada importa ao fato, porque entre o germe e a matéria fecundável pode bem haver lapso mais ou menos longo; a coisa, objeto de direito, por isso que é útil, não pode ficar adéspota, sem dono. O proprietário pode retomar a coisa como qualquer outro. Ora, a opinião de SILvIO PFROZZI tinha o defeito de não examinar a *relação,* atender somente à situação das pessoas; e conduziria ao seguinte: no ato do derrelinqúente, retomada a coisa, não há nova aquisição da propriedade, e sim a restauração integral da primitiva posição jurídica.

Em verdade, não basta a demissão da posse para se perder a propriedade; e não colhe foros de científico o parecer de PRÕCULO <PAULO, L. 2, pr., e § 1, O., *pio dereUcto,* 41, 7)

"Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere. Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nísi ah alio possessa fuerit: lulianus desinere quidem emittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit, et rede". A opinião de JULIANO parecerá tanto mais exata (e certamente o é"), quanto mais profunda fôr a análise da relação: a demissão da posse não basta, não pela artificialidade da explicação da perda pelo ato bilateral, mas porque na expressão *res pro dere~icto habita* há um pouco mais, disse E. 1. BEKKER *(Das Recht des Besitzes,* 116 s.), do que demissão da posse; ao que acrescentamos: há a *demissão* e mais a vontade intrínseca de perder (II. DERNBURG, *Pandektú"n,* 1,§ 223, 520). Se nunca o derrelinqúente retoma a coisa, passa a outrem o objeto (e. g.,ao Estado, a todos), ou se torna *resnuflius.* Cf. Tornos XIV, ~ 1.602, e XV, § 1.662, 3.

2.TRANSMISSÃO DA POSSE DO TÍTULO AO PORTADOR

O título ao portador, antes de ser possuído por outrem, não irradia *relação jurídico* . porque relação jurídica é *efeito.* As cartas particulares, em que há declaração de oferta, antes da remessa, nenhuma eficácia

têm. O mesmo não se daria em se tratando de atos escritos recognitivos: neles, já haveria pressuposta a *reta < ao jurídica,* e o documento ser-lhe-ia a prova, de modo que, *ex hypothesi,* a carta ou declaração teria valor inerente ao conteúdo.

Mas o título ao portador, dir-se-a. é *sui generis:* não se lhe pode determinar a natureza. Todavia, ainda que se lhe emprestasse recognoscítividade, fôrça seria advertir-se que a recognição exige, para o valor, a utilização. *por outrem,* de tal documento, e no conflito das provas ainda que o titulo ou carta tenha todos os caracteres formais e pressupostos externos de validade, é decisivo o que representar, de fato, *a verdadeira situação juridica ao tempo do julgamento.* A indagação da existência ou não-existência de declaratividade aberra dos métodos científicos, porque o título ao portador independe de causa e de modo nenhum se prende ao negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente.

Se o emitente quer, com o titulo ao portador, pagar ao seu credor *(e.* g., no caso de compra à vista), o contacto fica perfeito, e o título pertence ao vendedor, desde o momento em que se operou a compra-e-venda à vista: ainda, note-se bem, que o devedor não tenha material e diretamente entregue os títulos ao credor. Desde que ele disse:

"aceito o negócio", e emitiu *in continenti* os títulos, por isso que a compra-e-venda se perfaz, são do credor, porque o credor tomou posse deles, como tomaria do dinheiro que fosse pôsto no balcão para .pagar o preço do que vendeu, ou como qualquer de nós, ao entregar nota de mil cruzeiros, para dela se deduzirem trezentos e cinqüenta cruzeiros de compras efetuadas, conserva a posse sobre os seiscentos e cinqüenta cruzeiros; e o recebedor, que é mero servidor da posse *(Besitzdiefler)* quanto ao restante, se o não dá, comete não apropriação indébita (abuso de confiança, estelionato) mas verdadeiro furto (FERJMNANDO PUGLIA.

em PIETRO COGLIOLO, *Completo Trattato teorico e pratico di Diritto penale,* II, Parte II, 117 e 144 s.) : a coisa foi entregue por *necessidade,* e *não por simples vontade do dono;* para excluir a entrega da posse, basta a presença do possuidor, que vigia a operação de desconto, ou de quem lhe faz as vezes, ou a entrega em confiança.

r

No caso de emissão de título para pagamento imediato. em que o devedor, com o só ato de assinatura, traduz o título à posse do credor,

se, depois, o emitente o toma e guarda, pode o credor defender a sua posse por atos próprios (Código Civil, art. 502), pois é ele, já então, o dono dos títulos, a posse já se transmitira, composta pelas circunstâncias, que cercaram a emissão, e pela entrega, fatos diferentes, mas, aí, simultâneos .

Dar-se-ia o mesmo se a emissão não fosse feita diante e perto do outro contraente, embora *posterior* à perfeição do contrato de venda. A emissão ao alcance da mão do credor, sem nada que lhe obste o defender a posse em que se imite à assinatura de cada título, não importa tradição, porque é *tradição.* O (direito romano, em que tão rigoroso se fixou o conceito da tradição, já dispunha, na L. 79 (JAVOLENO), D., *de solutionibus ei liherationzbus, 46, 3,* que, em se tratando de dinheiro ou de qualquer outra coisa, que se me deve, se eu aceito ou ordeno que mo ponhas diante dos olhos, estás liberado e o objeto começou de ser meu, *et inca esse incipiul,* porque, não estando a posse retida por nenhum outro, se entende que eu a adquiri e me foi entregue por tradição *longa mona.* Cf. Tomo 2<, §§ 1.080, 1, 1.084, 1, 4, 8, 1.087, 1.088, *4,* 1.156.

Por que assim? A resposta evidencia o *vinculam úurns,* não nos títulos ao porta(l"I%r; sim, junto a eles. mas independente. Houve negócio jurídico subjacente. O título feito transfere-se ao credor, imediatamente, se esse ou alguém por ele está pronto a receber e pode defender a sua posse, ou se por algum dos meios conhecidos a posse se transfere. Se ao credor não se transfere a posse dos títulos, porque confiou no devedor, não pode, no caso de se recusar esse a entregar-lhos, reivindicá-los, porque só se reivindicam bens *seus,* e os documentos, móveis como são, não passaram ainda á propriedade do credor, pela regra *Traditionibus et usucapionibus doniin ia. rerum, nnn nudis pactis trans feruntur* (L. 20, O., *de pacti.s,* 2, 2; Código Civil, art. 620).

Responde o devedor por perdas e danos, pois que os títulos ao portador eram o preço.

Assim, em sendo nominativos os títulos, ou em se tratando de quaisquer outros documentos. Se o devedor os assinou à vista do credor, e no momento de receber o dinheiro de empréstimo, ou a coisa comprada, os guarda, espoliado foi o credor na posse de papéis, que, com serem por natureza coisa corpórea, podem ser recuperados pelo interdito, ou pelo desfôrço próprio do esbulhado, contanto que se faça logo. Cumpre, apenas, não se confundir com o direito *real* sobre o papel o direito *pessoal* de que o papel é instrumento. Se o devedor prometeu assinar o documento, ou o assinou de fato, sem que as

circunstâncias permitissem a *traditio longa manu,* a que se reporta o texto de JAVOLENO, isto é, *pecuniam, quam mihi debes, si in conspectu meo ponere te jubeam,* não se dá a exoneração, nem a aquisição pelo credor.

O Código Civil alemão, no § g54, 23 alínea, admite "ser suficiente para a aquisição o acordo do possuidor precedente e do adquirente, quando esse estiver em situação de exercer o domínio sobre a coisa". Em seu grande livro sobre a posse no direito clássico e no direito civil alemão, fez notar PAUL SOKOLOWSKI *(fie Philosophie im Priratrecht,* II, 302) que os juristas clássicos já conheciam a tradição sob forma dilatada e por assim dizer quinta-essencial do *carpas,* quando o alienante preparasse o *tactns* e a *custodia* do adquirente: "podia-se aqui prescindir da adição de elemento físico, porque a cooperação voluntária do tradente dava certa garantia de que o *animus* do adquirente se ligasse com o *corpus,* de que até então carecia. Segundo a nossa concepção moderna, não só o alienante pratica o ato como de auxilio e de incentivo, mas é a *ordem social* tôda, e *ela- principalmente,* que põe o adquirente na posição de poder exercer o poder fáctico".

No direito brasileiro, abstraiu-se do *animas* e do *corpns,* de modo que alcançou maior precisão a matéria da transmíssao da posse (Código Civil, arts. 493, 1, II e III, e parágrafo único, e 494; cf. Tomos X, §§ 1.067, 1, 1.084-1.096; e XV, § 1.751, 10).

Das considerações acima tira-se que pode existir, junto aos títulos, *vinculum* fundamental entre emissor e tomador. Existirá sempre? ~Terão razão os contratualistas ortodoxos? De modo nenhum. O título ao portador é incólume à existência e à eficácia do negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, como a qualquer relação jurídica a respeito da qual o subscritor entendesse fazê-lo *(e. g.,* dívida por ato ilícito, ou ato-fato ilícito, ou fato *stricto sensu* ilícito).

8.INCERTEZA DO SUJEITO ATIVO, FATO PSÍQUICO. Admitamos, por momento, que no titulo ao portador haja relação com pessoa incerta. O primeiro tomador hão seria senão o primeiro exemplar dessa personalidade *in abstracto:* entregue a outrem o título, novo exemplar teria a *incerta persona,* e cada possuidor seria mais do que representante, porque *seria* a realização dela, a exceção à incerteza, a concretização sucessiva da abstração do sujeito indeterminado da obrigação. A sucessividade dos possuidores, em vez de ser negação da *incerta persona,* constitui a comprovação da necessidade da procedência e da importância, de que em verdade goza a concepção abstrata da subjetividade *incerta* nas relações jurídicas, mas por se não

saber ou por se poder não saber quem seja, o *momento,* o possuidor. É o tráfico do título que produz a impressão de abstração, de incerteza, e a circulação da mão de um à mão de outro, sucessivamente confunde os olho~ mais atentos e tem-se, de fora, a convicção de que, *r*

se nenhum sujeito perdura, é porque a dívida não tem sujeito, ou, se o tem, é *incerto.* Mera ilusão ótica, digamos assim. Tal convicção nasce, portanto, de erro de pura ilusão, como o é, nos filmes cinematográficos, a fotografia do movimento: na tela, movem-se as imagens, gesticulam, sorriem; na película, nada mais há que a justaposição contínua de situações que se seguem e se completam. O movimento é a ilusão da cinematografia, como a incerteza é a ilusão provocada pela sucessão dos sujeitos ativos da relação jurídica de dívida: Incerteza, portanto, psíquica, e não objetiva; incerteza que é a extrinsecação da sucessividade .

4.CLÁUSULA AO PORTADOR E CIRCULAÇÃO DO TÍTULO. -

A cláusula ao portador contém, em verdade, a frase: “Pela tradição do papel, podes transferir o teu direito à apresentação”. A tradição causa a possibilidade de muitos possuidores sucessivos, tantos (potencialmente) quantas forem as pessoas a que, de mão em mão, ou por outro meio legítimo de posse, possa, no espaço que medeia entre o início da circulação e o momento de apresentação ao devedor, ser transferido o título. Mais: poderia o titulo ao portador voltar *à* mão de alguma, de algumas, ou de todas .

Na vida circulativa, o primeiro tomador, que, subjacente-mente, simultaneamente , ou sobrejacentemente, contratou ou se presume ter contratado com o devedor, não é menos *persona incerta:* não figurou no documento, não deixou após si nenhum traço, e como pode ser de todo ignorado <pela longa circulação do título, ou recebimento de muitos por muitas pessoas, n~y mesma ocasião, e tradição a uma só), nada impede que se inclua a figura dele, ao se ter de considerar pessoa incerta o titular do direito, nos títulos ao portador. Porque o primeiro tomador foi, quase sempre, pessoa determinada, embora não se saiba quem tenha sido, a ignorância dos outros não dá à coisa ignorada o atributo de *incerteza* objetiva.

Aliás, pode haver a jactura de títulos ao portador, inclusive de bilhetes de loteria ou de rifas, à população de um bairro, ou aos habitantes de uma rua, ou aos sócios de um clube, sendo *incerta. persona* o próprio primeiro possuidor

Nada pode resultar, de mal, para a legítima concepção das relações jurídicas, da inclusão do tomador na *incerta persona,* porque esse conceito da indeterminação subjetiva da relação jurídica apenas nasceu, como se disse, desilusão correspondente. *em nós,* ao fato exterior da possibilidade de sucessões rápidas, vertiginosas, dos possuidores do título ao portador. Conceitos não deturpam realidades, e mesmo fundados em ilusões podem ser úteis sem se imporem como verdades.

Surge, porém, objeção, que afasta, em absoluto, a importância de ser *ignorado* o futuro credor, ainda quando merecesse acolhida o critério de exame *a parte subjecti.*

E é a seguinte: a relação jurídica é *direta* entre o subscritor e o portador. Entra-se, pois, no verdadeiro campo das análises: o das relações jurídicas. ~Como se manifesta? ~Qual a natureza da relação jurídica em que devedor, ou, melhor, vinculado, é o subscritor?

Modelam-se as respostas pelo mesmo conceito científico das perguntas: o que caracteriza, o que extrema a qualidade. com que se *exterioriza a* relação jurídica de dívida, é a irrevogabilidade da declaração do subscritor.

Nasce tal irrevogabilidade no momento em que o título ao portador passa, por qualquer modo (ainda se se intercala o furto), às mãos de outrem.

O traço específico da relação jurídica, a que passivamente se vincula o subscritor, é a irrevogabilidade da promessa e, em conseqüência , a de cumprir o prometido. Este advento coincide com a *posse* de outrem sobre o título ao portador. Posse de outrem, dissemos, porque a perda somente, sem que outrem venha a possui-lo, não torna irrevogável a declaração inserta no título inominado. Mas *é* preciso que o subscritor ache título.

For que? Pela mesma razão de todas as outras relações em que o ser irrevogável constitui o vínculo: o direito, ordem jurídica, que protege a posse dos móveis, inclusive, portanto, a posse dos títulos circulatórios.

Ao subscrever o documento, o subscritor *prometeu,* usou de faculdade , que é a de dispor, livremente, de próprio patrimônio. Enquanto é absolutamente unilateral o ato, a ordem jurídica apenas pode ter

presidido à sua feitura para eleitos eventuais. Na ocasião em que o ato deixa de ser na esfera individual, no campo de atividade do *ego,* para se contactar à ação ou omissão de outrem, *aU er,* a ordem jurídica intervém, porque já se trata de fato pertinente às relações sociais: a lei impõe ao subscritor a irrevogabilidade do que Me declarou e o respeito do que prometeu. Um *vinculum* existe. pois, que é o do *direito de crédito.*

Se persistimos na análise da relação, nada mais descobriremos, porque os fatos que se derem entre cada um dos possuidores e o seguinte serão outras tantas relações independentes, e o mesmo diremos da que provier da apresentação do título. Qualquer exame objetivo terá de considerar, em primeiro lugar, e essencialmente, tais *r*

relações jurídicas, sob pena de constituir mera indagação empírica, ou cair no *mare raagnum* dos conceitos de seres , incompatíveis com qualquer metodologia exata.

Desconcertante será partir-se de auto-sínteses ou de hétero sínteses *(eu* e *ndo eu; ego* e *alter,* subscritor e portador). Mas todas as dificuldades se dissipam, se procuramos, *ab initio,* as relações jurídicas. Recusa-se ao exame objetivo dos fatos quem se perplexa ante a *incerteza* de pessoa, como se fora enigma ou desafio. O que lhe cumpre é passar de largo, porque a *incerteza,* fato psíquico do subscritor, não interessa ao direito; o que se faz mister é desviar qualquer modo de ver. Ciência que escolhe *posições,* miras, lugares preestabelecidos, para observar, não merece o nome de ciência, porque o não é, embora possa colher resultados científicos. Ver no título ao portador contrato *cum incerta persona* mostra o mau processo que se escolheu, um como imitir-se no espírito do sujeito passivo, porque só ele, *na realidade,* ignora ou pode ignorar quem seja o possuidor do título inominado.

Seria critério meramente subjetivo, que despreza fatos, dados imediatos, como são as *relações jurídicas ,* para estudar o instituto onde não há nada que interesse ao direito, que é ciência dos fatos geradores de direitos, para o ver fora do direito, em fenômenos mentais do subscritor do título.

Tais averiguações, exclusivamente *a parte subiecti,* nem são de proveito ao direito, nem de possíveis resultados práticos para qualquer ciência: fundam-se na simples presunção de que o titulo está em mãos ignoradas, isto é, que o subscritor está vinculado a *incerta persona.* Se o cavalo de alguém entra em nossa fazenda e a danifica, temos contra o proprietário ou detentor a ação *de pauperie* ou a *de pastu,* porque assim no-lo assegura a lei (Código Civil, ad. 1.527) mas a obrigação

não surgiu do fato de sabermos *quem* era o proprietário, ou de *quem* era o guardador do animal, e sim do *fato ilícito* em si, e então desconhecíamos nós quem era o dono, ou quem era o tenedor do cavalo. Na relação jurídica obrigacional, que imaginamos, há, de um lado, credor certo, e de outro, pessoa obrigada, talvez, no momento, ignorada de nós.

No título ao portador, a relação jurídica de divida não se estabelece, como vimos, diretamente, de modo que o subscritor pode ignorar quem seja o titular do direito, em cuja relação ele é devedor, posto que, futuramente, de outro fato possa advir *outra* relação jurídica, a de *obrigação* em que eles se enfrentem. Cessa a ignorância. A incerteza, não a pode perceber nenhum critério de indagação objetiva. ~ Qual o *objeto* da ciência do direito?

~,Quais os *data,* cuja análise se comete ao jurista? As relações jurídicas. Indagar 110 sujeito, ou na coisa, é, no primeiro caso, examinar a *partú subli eh;* no segundo, proceder a averiguações extrajurídicas , porque a idéia da coisa, e não a coisa em si, é que importa às realidades da vida jurídica. A vida jurídica só se compõe de relações, que se entrelaçam e se misturam, e ensejam, estruturalmente, fatos complexivos, como o título ao portador, o contrato a favor de terceiros, a promessa ao público. A análise de tais relações explica, genética e filosóficamente, tais fatos; a análise dos conceitos de entidades, ou de fatos de cada entidade, leva a tentativas mais ou menos costeantes e aproximadas da verdade: à verdade, porém, só acidentalmente.

5.DIREITO DO PORTADOR DO TITULO. O direito do portador do título não é, absolutamente, direito sem sujeito; a cláusula *ao portador,* de cujos efeitos nasceu a especificidade da figura jurídica, opera justamente a vinculação do subscritor ao possuidor do título, quanto à *dívida,* desde que há posse de outrem, e, quanto à *obrigação ,* desde que o apresente: a obrigação não deixa de ser de origem negocial. Durante o tempo anterior à apresentação, o direito do portador é direito de crédito, que contém o direito de apresentação.

A sutileza não é argumento contra a explicação de tais fatos, complexos em sua essência; máxime em sendo certo que muitos atribuem causas, que apenas são aparentes, a fatos, que em verdade se originaram da lei, ao regrar a eficácia dos fatos jurídicos: a acessão, por exemplo, é o fato (jue se vê na aquisição, e no entanto a aquisição não resulta alienas da *accessio.* mas da lei: é aquisição *lege* <(„. BUFNOIR, *Propriété et coutrat, 9).* Assim, o crédito do portador: o fato,

que se vê, como fonte do direito do portador, é o direito real sobre o título ou, pelo menos, a posse, e a boa análise mostra que da posse ou do direito real surge, pela apresentação, a *pretensão* do portador e, para o subscritor, a *obrigação.* O puder de exigir o pagamento não se criou da posse, diretamente; nas~e com a obrigação do devedor, pela correlação "obrigação-pretensão".

A obrigação com *facultas alternativa* (mihi certum aut Titio servum Stichum) também não explica o título ao portador, porque, se certo é que o *adiectus* não representa o credor *(aliter,* OTTO LENEL e KONRAD

HELLWIG, a despeito do que sustentavam A. VON VANGEROW e B. WINDsCHEID), e, mais ainda, porque o *solutionis causa adiectus* é pessoa designada para *receber o pagamento,* e não titular do crédito (OTTO LENEL, Stellvertretung und Vollmacht, *Jherings Jahrbúcher,* 36, e 118; fl. WINDSCREID, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* II, 9a ed., 428, nota 88>, como se vê dos textos romanos <L. 10, D., *de solutionibus et liberationibus,* 46, 8: "Quod stipulatus ita sum, „mihi aut Titio", Titius nec petere nec novare nec acceptum facere potest, tantumque ei solvi potest"; L. 10, D.. *de novationibus et dele gationibus,* 46, 2).

1. INSTRUMENTO INCORPORANTE. Passemos a nova questão:

r

a Seria o documento, nos papéis ao portador, título de crédito em que se menciona a existência de obrigação consensual. sem que se nomeie o credor?

A cláusula ao portador, por isso que, em toda dívida, há. no pólo ativo, credor, passa a expressar a promessa de pagamento a *qualquer* portador (credor) que apresente <titular da pretensão) o título inominado. A livre circulação dá ao portador a proteção da boa fé.

O titulo ao portador não difere, no fundo, de todos os outros títulos de crédito.. Documento probatório é sempre objeto de direito *real,* e não *pessoal,* desde que se examine e quirógrafo em si, independente do *vinculum juris,* que ele prova, direta ou indiciàriamente .. Tanto isso é verdade que pode o dono de um documento não ser o credor da obrigação:

Mévio pede um milhão a Sérvio, e escreve a Cícero que o receba de Sérvio e se pague de corapta de fazendas, que Mévio lhe fizera. O mutuante não exigerecibo; somente o intermediário tem a prova da

obrigação de Mévio, que é a carta desse combinada com as suas notas de quitação da dívida, conforme a ordem recebida na ocasião. Sérvio quer cobrar o dinheiro emprestado e falta-lhe o documento, que é propriedade de Cícero, a quem o mutuante entregou o dinheiro que lhe pedira Mévio.

No exemplo acima não há título ao portador; mas, a *fortiori,* quisemos mostrar a *separabilidade* do título e do crédito.

Dois, portanto, são os direitos com relação a papéis probatórios: o *direito real* sobre o papel em si, e o *direito pessoal* ou o *direito real* provado nele. Na escritura particular da venda de móvel por vinte milhões de cruzeiros (Código Civil, art. 135), há a prova do direito *real,* e o direito *real* sobre o documento. São coisas que se não confundem. Nem sempre o instrumento da prova pertence àquele a quem aproveita a *virtus pra bandi.* A compra de documentos é fato de todos os dias. Mas, de ordinário, o documento é *pertença* do crédito, o que não ocorre se o título, como acontece com o título ao portador, incorpora o crédito.

No título ao portador, como em todos os negócios jurídicos, a que se exige a literalidade, dá-se, no fundo e aparentemente. compenetração do direito no título, não apenas em conseqüência de se exigir o escrito como essencial à prova. A regra que inere aos títulos ao portador *Credor.é o que os possui e titular da pretensão quem os apresenta a pagamento* faz depender da posse (direito de apresentar) a determinação do sujeito ativo da relação jurídica *obriqadonal.* Daí a exigência da literalidade chegar ao máximo de efeitos e poder-se dizer que o direito se incorporou no título. Em verdade, o elemento *real* tornou-se determinante do lado *ativo* da relação jurídica de obrigação. A subjetividade ativa da dívida acompanha a propriedade ou a posse do documento, como se fora idêntico o fenômeno. Não basta, porém, tal identidade para que se considerem os créditos por título ao portador como *res corporal,* eliminando-se o elemento pessoal, nem, tão-pouco. para que se julgue simples assimilação de nossos sentidos, sem correspondência na realidade. A alusão ao *valor em si* não consegue mais, na doutrina como na prática, do que atender ao lado econômico dos fatos de crédito *ao portador.* Os fatos jurídicos, em si, ou, pelo menos, a existência e a eficácia jurídicas, escapam ao pesquisador que não queira recuar a vista e abranger os fatos em sua complexidade. O fato de ser o portador o sujeito ativo da relação jurídica de dívida traz para o título

inominado particularidades curiosas e conseqüências necessárias , mas daí não se há de partir para as teorias que desprezam o elemento

pessoal e passam a so ter em conta o elemento *real,* a ponto de tentarem identificar o título ao portador com as moedas de ouro, os navios e as mercadorias. Tais concepções pecam .pela ortodoxia : a exigência da literalilade por *vi* só opera objetivamente no crédito, mas tanto o crédito não desaparece na *res corporalis,* e tanto o direito não se dissolve na materialidade do documento, que pode o juiz,. no caso do *Código* Civil, art. 1.509, ordenar que se lavrem outros, em substituição dos títulos perdidos ou furtados.

2.COMPLEXIDADE Do TITULO .40 PORTÀDOR. O crédito incorporado no titulo ao portador, fato jurídico complexo, não poderia, por si só, ser objeto de posse e de proteção possessoria; o que é objeto de posse é o quirógrafo. Quando pedimos a posse esbulhada de cem títulos ao portador, mencionamos os números, data de emissão e outros caracteres, não recuperamos *crédito* ao portador, mas objetos, coisas, quirógrafos, que têm por traços característicos, *e. g.,* as declarações *„til aló ao portador"* ns. 2 a 20, "valor de um milhão de cruzeiros",

„pagáveis pela Prefeitura Municipal". Se vamos a um Banco receber cheque e, ao entregá-lo, o empregado dá-nos chapa de metal ou papel- que dele se desliga, com o número, a fim de recebermos, pela chamada, no lugar designado, temos sobre tal objeto posse e direito de posse, como sobre o nosso chapéu, a nossa bengala ou a nossa pasta. A posse é suscetível de proteção de mão pró~ria, ou de tutela jurídica, em ações. Para evitar o pagamento do cheque a outrem, avisamos o Banco, que cancela a ordem de pagamento, e nos entrega o cheque, ou no-lo paga, podendo, todavia, exigir garantia, se duvidar da posse. É de mister a caução, se a questão da posse está suscitada, e se aplica, na espécie, a regra jurídica do art. 1.509 do Código Civil, com o "sequestro da chapa, e não *r*

do título, pois a posse daquela é o que se discute. A chapa é mero expediente interno do Banco, não chega a ser o ordinário título ao portador, porque não prova o quanto; é instrumento de dívida, cujo valor é o do cheque entregue.

Para verificação do quanto, se a questão da posse é relativa ao próprio cheque, é preciso exame de notas e de livros do Banco, a exibição do original, se nominativo; se ao portador, além dos meios legais de prova acima referidos, mais ainda a testemunhal, para a questão de fato relativa *à* posse. Tudo mestra que se recupera não o crédito inserto no título ao portador, considerado em sua espécie mas sim a coisa corpórea, que é o papel, considerado como bem móvel.

O papel ao portador não é a prova de crédito, que já exista. É a prova de promessa, que tem *valor* em si. Ou meibor: é um *valor,* e não o documento de um crédito. O crédito somente surge quando começa a posse por outrem. Já o alemão 3. W. J. BORNEMANN *(Systcmatisehe Darstellung das prenssischen Civilrechts,* III, 137) acentuava, com felicidade, a diferença entre documentos ordinários e títulos ao portador. Aqueles pressu~õem, sempre, a *causa debendi,* são simples acessórios (melhor diremos "pertenças") do direito de crédito, sem que tenham, em si, *valor* próprio, ao passo que os títulos ao portador podem ser considerados como o *pró pno direito de crédito* (aIs das Forderungsrecht selbst), como *papel moeda conren0onal.* Ao título ao portador repugna qualquer concepção que lhe atribua, como aos documentos simples, a acessoriedade, a *pertinencialidade.*

Valioso em si e por si, nada mais pressupõe que a declaração escrita de alguém, que ficou vinculado, *ex lege,* a mantê-la, se às mãos alheias fosse parar o papel, salvos os casos, que a própria lei limita, de defesa em ações ou exceções (Código Civil, art. 1.507).

(Falamos, há pouco, de não ter *valor em si* o papel ou outro material do título ao portador. É o *quod pleruni que* 1

it. Isso não afasta a possibilidade de a cártula vir a valer mais do que o valor nominal do título ao portador, *e. g.,* por seu valor histórico; nem a de alguém empregar matéria que *já* seja de maior valor, ou que venha a ter maior valor.)

A afirmação falsa de que o direito pessoal, que se procura ver no título, é *accessorium,* pertença, e o direito real, o titulo mesmo, o *principale,* teve em N. T. VON GÓNNER, 3. W. *J.* BORNEMANN, FR. LIEBE e KUMPF, formuladores sucessivos. Todos viam a obrigação, a

pretensão, não a *promessa;* viam o direito pessoal já constituído. De acessoriedade só se pode falar no tocante ao direito de apresentar, pela natureza mesma de tal direito, que, aliás, é mais do que *accessonium;* é *poder* incluido na *posse* do papel escrito.

Não há nenhuma dificuldade dogmática em reconhecer-se isso; o mesmo não se pode dizer da concepção do crédito *accessorium,* porque ficam em aberto as velhas questões da cessão, da inoponibilidade de exceções oriundas da pessoa do cedente. Afastam-se essas dificuldades com o reconhecimento de simples piomessa, a que se atribui *valor,* valor corrente e não nominal, como frisava, há que século e meio, dia. FR. VON

MÚHLENBRUCH, embora não se afoitasse o jurista a tirar as conseqüências da *abstração* da quantia escrita no papel. O próprio FR. LIEBE, para evitar a contradição, recorreu ao conceito dos títulos como coisa de valor, suscetíveis de preço, ais *werthvolle Sachen.* Mas tal conclusão é anticientífica. Sem a análise das relações, qualquer conceito seria arbitrário. A preocupação de caracterizar a cártula por *principal* e o direito por *accessorium* revelou o método empregado: verificação de entidades, de per si e em suas dependências, e não de relações jurídicas, único campo em que se poderia exercitar a atividade do cientista. O crédito não se *dissolveu* no título, nem a promessa está na situação de *accessorium* que se empresta ao papel. £ inteiramente diverso o que se dá: a lei reconhece a posse do titulo efeito e, portanto, se *accessOriUm* existe, é, em relação à posse, esse efeito.

Não há principalidade do elemento material <título), nem do elemento pessoal <crédito, promessa. ou o que quer que seja). Há os efeitos reconhecidos pela lei à posse, e nada mais: o efeito de pôr na relação jurídica de divida o possuidor e à de apresentabilidade do títuo ao subscritor.

1.NATUREZA DAS TRANSMISSÕES. Eis-nos perante novo exame. O *fato da transmissão,* por isso mesmo que consiste na tradição, exige *apenas* e *sucessivamente* que o ato se manifeste *re,* e não *literis:* isto é, com a posse. Sem a tradição não se opera a transmissão do título, de modo que o fato de transmissão é ato-fato jurídico.

O efeito da transmissão não é exclusivo dos títulos ao portador: há princípios comuns a é!es e aos títulos à ordem; entre tais princípios acha-se o de não serem oponíveis aos portadores ulteriores as defesas pessoais aos anteriores.

O titulo à ordem é, de algum modo, *ab initio,* título nominativo simples; depois, figura aproximada do título ao portador. Mas, naquele, a transmissão se faz pelo endosso , *literis,* portanto; e não *re.* Embora, em ambos, seja necessária a tradição, no título ao portador a tradição é pura; no título à ordem, há a tradição, *re,* e o endôsso, *literis.* Sem o endosso não se transfere o título à ordem, porém isso não quer dizer que o *endosso* seja *cessão.*

Lembra a *cessão;* o que não importa afirmar-se que se confunda com ela.

Cessão e *endosso* são figuras jurídicas distintas. O cessionário garante a *existência do crédito,* e nada mais. o *r*

endossante *assegura* o pagamento. Quem *endossa,* faz-se obrigado: quem *cede,* apenas transmite o direito, substitui-se por outrem na titularidade do direito, portanto na situação de sujeito ativo da relação jurídica inicial. As primitivas letras de câmbio (período histórico) eram ao portador: fizeram-se *nominativos* à *ordem,* a fim (note-se bem: a fim) de vincular os possuidores sucessivos pelo ato material da subscrição. O título ao portador tem circulação livre; o título à ordem exige a aposição de assinaturas, a fim de se policiar, por bem dizer, a circulação dele. A velha *teoria da "procura tio in rem suam",* na cessão, ruiu por terra. O mesmo afirmamos da que mostra na cessão efeito sem sub-rogação pessoal. Dizia G. F. PUCHTA *(Kursus der Institutionen,* II, 332) que a cessão não é, propriamente , transmissão do crédito, isto é, substituição do sujeito ativo por outro, mas do exercício e exigência; noutros termos : da virtude de imposição, da executabilidade dele. Assim, cessão e substituição de sujeito ativo (sub-rogação pessoal) não seriam a mesma coisa: o cessionário não seria *credor,* antes de contestada a lide, pois só então surgiria, em virtude da novação, nova obrigação, cujo sujeito exclusivo seria o cessionário. Cientificamente, a opinião é inaceitável. Nada mais absurdo de que separarem-se, ai, direito e faculdade de exercício. (Cf. TH. Huc, *Traiié théorique et pratique de la Cessiou et de la Transrnission des créances, 1,* 201). Dar, ai, ii um a faculdade de exercer o direito e a outro a substânci abstrata do direito, coisa é que orça pelo paradoxo. A cessão se assim fora , nada mais mereceria que o nome de mandato. O direito é, por definição, *facultas agendi.*

Tem a palavra *cessão* dois significados distintos: no primeiro, designa todo o ato, pelo qual alguém, sendo proprietário de uma coisa, transfere a outrem a propriedade dela *(in genere) ;* no segundo *(iii epecie),* cessão de crédito, em que o credor (cedente), fica sub-rogado pelo terceiro (cessionário) -

Não se pode negar que em relação ao tomador ou primeiro portador os portadores ulteriores possam ser, em negócio subjacente, como cessionários. Mas a primeira promessa, como o *vinculum iwris* entre o devedor e o tomador, estabelece possibilidades, não só à negação da cessão, na vida circulatória do titulo ao portador, como à concepção de que tudo, em tais títulos, se resume no fato primitivo da declaração unilateral de vontade.

A primeira admoestação é de F. VON SAVIONY *(Das Obligatio~enrecht,* II, 101 s.). "É fora de dúvida", dizia ele, "que se não pode cogitar, ai, de cessão, nem da sua prova; ao contrário: a intenção do devedor é reconhecer qualquer possuidor como credor". E mais adiante (187 > : "A forma da cessão não e exigida, nem mesmo é possível, porque não é possível descobrir-se no título a pessoa até então favorecida com o direito, que deve operar a cessão~~. Tem-se, pois, a tradição manual por modo de transferir os títulos ao portador, considerados *res* corporales, sem constituir a cessão, que é transmissão de *res incorporales.* Mas esqueceu-lhe que a existência efetiva, material, de um título ao portador em mãos de alguém surte conseqüências jurídicas que concernem ao próprio direito incorpóreo ou pessoal, como, por exemplo, na hipótese da estada do título em poder do devedor (o que faz presumir o pagamento), regra jurídica (Código Civil, art. 945) que se plasmou na L. 2, § 1, li, *de pactis,* 2, 14, onde se diz que, se entreguei a meu devedor o título da obrigação, se há de presumir que não mais pretendo cobrar-lha, e pode ele, em tal passo, servir-se, contra mim, de uma exceção fundada não convencão presumida: ..... si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit". E dizia LABEÀo que as convenções se podiam fazer *re, per epistolam* ou *per nuntium,* isto é, pela tradição, por escrilo, ou por intermediário; e até por consentirnento tâcito : sed etiam tacite consensu convenire intuiligitur (PAULO, L. 2, pr., 1)., *de pa et is,* 2, 14)"".

A tradição não é "modo" (le transferir exclusivo das *rés corporatus:* também o é das *res incorporales.* Se o teu cão foi premiado em concurso e tens de exibi-lo para receberes o premio , a venda que concluíres importa *transmissão* do direito:

não porque a tradição fosse processo de cessão, mas porque serve de forma à transferência do direito. Havia vínculo de dívida entre a pessoa e o promitente do concurso; vai haver a pretensão ao prêmio, a favor de quem apresenta o cão premiado, salvo se intransferível o prêmio.

A segunda admoestação é a de todos quantos pregam, com exagêro ou não, a *teoria. do direito incorporado no título.* Páginas antes, quando nos referimos ao documento probatório, já dissemos o necessário quanto à incorporação do direito de credito no papel.

Cumpre ainda observarmos que, como fonte de obrigação , o titulo ao portador põe em dia expediente parecido com o do contrato formal em sua austereza romana primitiva; e, como *pleno poder (Voilmacht),* lembra a primitiva forma de cessão (A.BRINZ, *Lehrbueh der Pandektmn,* III, 580 s.) -

2.FUNÇÃO DO FORMALISMO DAS CÁRTULAS. A Função tem, como sempre teve, o efeito de dar aos documentos a facilidade de circular: a imposições práticas da vida e. quase sempre, ao comércio deveram-se a o e o desenvolvimento dos contratos formais. A eficiência na livre circulação só se poderia produzir pela concepção da posse determinante da transmissão, e foi isso o que se fez, isto é, foi isso o que os sistemas jurídicos *r*

estabeleceram quando deram vincularidade ao título ao portador. Os contratualistas ortodoxos, os crentes do vinculo imediato, pensam diversamente: conclui-se o negócio jurídico, não somente com a pessoa que primeiro esteve na situação de poder exigir o pagamento <tomador), ou com qualquer outro, de cuja individuação tenha ciência o subscritor do título, porém dizem eles com uma porção de sujeitos: para o subscritor *incertae personae;* para quem vê os fatos *a parto subiecti,* sucessivos sujeitos de direito, que se substituem uns aos outros, à medida que, de tempo em tempo, ou em carreira.

se opera a tradição manual do documento probatório. Fez ressaltar JOSEF KOHLER *(Lerhbuch des biirgerlichen .Rechts,* 1, 526), dentre os três fins jurídicos da *forma,* o da circulabilidade. Mas é de mister fugir-se à sedução das suas frases: a forma tem efeito, não por si, mas, sim, porque é sempre ela a maneira pela qual se expressam as declarações unilaterais de vontade.

A forma serve, aí, efetivamente, para a transmissão do direito inerente à posse, do direito de apresentação ao subscritor, *que é a posse mesma, pois quem possui pode apresentar* a *quem quer que seja.* Se o portador apresenta o título com a vontade de receber, isto é, para haver o quanto marcado no papel, nasce-lhe a pretensão contra o subscritor. Estabelecida, assim, a *relação jurídica obrigacional* entre o subscritor e o portador, pode , porém, relação que ficou por estudar: relação jurídica, que é, para A. BRINZ *(Lehrbuch der Pandekten,* II, 576), a de

representação do subscritor na transferência da oferta (?); para ALBR. SCHWEPPE *(Das rúmische Privatrecht,* III, 9-lo), substituição de representantes do título personificado. Outros viram no fenômeno a figura jurídica da transmissão do crédito certificado no titulo sem formalidades e apenas em virtude da tradição do documento, o que levaria às *teorias de incorporação* (C. SCHUMM, *Pie Amortisatiou verlorener, oder sonst abhanden gekommener Schuldurkunden,* 50-54e 65-66 >.

Mais: não há cessão quanto aos primitivos credores (PH. VON BULOW), pois nasce da posse mesma do titulo a suposição de aquisição válida. À semelhança do dinheiro, os títulos ao portador correm de mão em mão, *ut instar peeuniae veras e man*"*u in rnanum migrent* (H. SCEELLWITZ). Não há cessão, mas novação, dizem outros.

Tantas as cabeças, tantas as sentenças.

A dificuldade em ver, na transferência do título ao portador, do tomador a outro portador e desse a outros, a *cessão* do crédito escrito no documento, está em não se poder admitir se opere a cessão de crédito~ sem as formalidades que a lei prescreve (Código Civil, arts. 1.069 e 1.067), a literalidade e a notificação ao devedor cedido.

Mas (ouçamos aos que persistem na hipótese da cessão> uma coisa é o *fato* da cessão e outra o *instituto* da cessão: cessão é contrato, pelo qual o credor aliena seu crédito, ou direito contra terceiro (THEOPH[LE HUÇ, *TraiU*

théorique et pratique dc la Cússion et de la Transniission des créances, 1, 169, 170), em proveito de pessoa, que o adquire para o exercet *suo noniine.* Se o crédito sai do patrimônio de um para o de outro, *ex contractu,* isto é, se, em relação ao sujeito originariamente investido, há *alienação,* necessariamente se dá a cessão. Da teoria tem-se de eliminar o que concerne às coisas corpóreas, consideradas, imediatamente, como objeto de direito real; não, porém, só as coisas corpóreas: também as incorpóreas, quando, em vez do instituto da cessão, há, apenas, a transmissão, sem a sujeição às regras institucionais, o que se dá no título ao portador. O que as regras de direito positivo regulam, na cessão de crédito, não é o efeito, mas o instituto; não é o fato da transmissão, em sua generalidade, mas a cessão de créditos, quando não há, previamente , a cláusula da livre transferência. Dá-se a transmissão, se entrego a alguém, „a título oneroso ou gratuito, documento de crédito ao portador. Ora, a notificação seria, aí, inócua, inoperante, porque a cláusula pressupõe a sua desnecessidade. Também é escusada a literalidade, porque o

devedor dispensou, como. lhe faculta a lei, a prova da transmissão, e se vinculou a pagar a quem lhe apresente o titulo ao portador. Tais situações diversas derivam, como muitas outras, da vontade do homem, quando se sujeita ás regras jurídicas especiais e foge às normas vulgares, como bem se dá no direito cambiário. Na essência, tais particularidades se efetuam *ope légis.* Há transferência, mas rudimentar, à imitação das primitivas regras jurídicas romanas. O que não há é a cessão de crédito, que as leis civis regulam em traços gerais, porque só se referem à cessão de crédito, ao ato de transmissão "visível", não prevista pela cláusula de livre circulação, de transmissibilidade franca e despeada.

Outras regras jurídicas reservam as leis aos fatos que compõem a figura especifica da transferência sem cessão, a que ALua. SCHWEPPE chamara, equivocamente, cessão silenciosa, *gtilischweigende Cession,* transferência que se produz‟ com a tradição mesma do título, não imediatamente, mas simultáneamente: a tradição, aí, seria a *forma* da cessão, em consequência da lei, que permitiu se clausulasse o título ao portador, circulando o crédito como o papel-moeda, sem os embaraços da "cessão não-silenciosa", isto é, aquela que exige a literalidade e outros pressupostos. A transferência do título ao portador importa substituição do titular do crédito, eis tudo:

porém essa transferência não é cessão, no sentido preciso.

r

Também o endosso , que é o modo de transmitir o título à ordem, é transferência, sem ser a cessão.

Há, a mais, no endosso , caução *específica:* a de ser pago o título; de menos, a garantia da existência da dívida.

Não há transferência de título à ordem sem o endosso . Logo, o endosso opera a transferência. Quando outros são os intuitos a na realidade nada foi transferido, o endosso conserva o elemento caucionário e perde o de transmissão: deixa de ser transferência; é mera garantia fidejussória, embora se não regule, na espécie, pelas regras gerais da fiança. As leis não são adstritas a submeter às mesmas regras jurídicas o mesmo gênero de fatos, e sim, apenas, os *mesmos* fatos.

O que ficou dito é o que melhor se poderia alegar a favor da transferência do crédito no título ao portador; por onde se vê que a *teoria da cessão dos títulos ao portador* e insustentável, 3. SE HÁ PODER

DE

REPRESENTAÇÃO ENTRE OS POSSUIDORES tEor que se não há de reconhecer (perguntou-se), nas relações entre cada possuidor e o seguinte, uma série de atos de representação com *pleno poder?* A idéia de *Vollnmcht,* que tanto seduziu a A. BRINZ, merece refletido exame: pelo fato de não haver, na espécie, mandato, não se deve pôr de lado a possibilidade do *pleno poder (Vollniacht) :* o portador, que transfere a outrem o título inominado, entrega-lhe um papel, em que se escreveu a promessa do subscritor; poderia o novo possuidor exercer o direito, que lhe advém da posse do titulo o direito de o apresentar no tempo devido, a fim de se fazer titular da prestação e ser-lhe-ia possível transferi-lo a outro, como se em nada tivesse intervindo a sua ação pessoal, ação que não modificou a fisionomia nem o valor jurídico do título. Aí, à boa luz, ver-se-ia um como poder de representar o subscritor, sem mandato propriamente dito: um poder saliente , íntimo, que derivaria da própria natureza do negócio jurídico.

O direito romano antigo desconhecia o mandato, em suas linhas gerais; a representação direta não podia ser, ali, o que era, por exemplo, no Egito, onde fôra escassa a escravidão, de jeito que era pequena e quase nenhuma a intervenção de escravos nos negócios, que eram entregues, por isso, às gentes livres. Donde a frase de L.

WENGER *(Die Stellvertretung im Recht der Papyri,* 18 s. e‟ 157‟s.), que tanto aprofundou o estudo da representação no direito dos papiros: em Roma, o escravo punha-se no lugar do senhor; no Egito, o representante era homem livre: “in Rom vertritt der Sklave den Hern, in Aegypten der freie Vertreter”. Aí, há a corrigir-se o

“vertritt”, porque não havia, verdadeiramente, representação.

No direito nôvo, alargaram-se os casos da representação direta e não sé a posse se podia adquirir *per liberafr personam* (L. 1, O., *de adquirenda et retinerula possessione, /*7, 32) ; também o direito de penhor (L. 3(2), O., *per quas pdrsonas no bis adquiritur,* 4, 27) podia adquirir-se. Daí interporlações no Digesto, como, por exemplo, na L. 11, *§* 16, D, *de pignera.ticia actione vei contra,* 13, 7. A evolução prosseguiu. A representação indireta, oriunda do próprio negócio ou da lei, não repugnaria à doutrina, porque foi, de algum modo, o seu *tipo,* e nada obsta diz-se a que a reconheçamos hoje~ no *ius singuUtre* do titulo ao portador. A *necessitas* também é fonte de direito, como já o dizia MODESTINO (LÃ. 40, D., *de legibus senatus que consultis et longa consuetudine,* 1, 3)

: “Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo”. As funções fazem-se, à sua feição íntima, os órgãos ; os institutos criam-se, a si mesmos, as normas, as regras, os caracteres indispensáveis à consecução da própria finalidade. No título, que se observa minutos antes da apresentação, não há, ainda, a determinação do titular da pretensão; há promessa que se tornou vinculativa por fôrça da lei, e *a. lei mesma assegura ao portador, corno atributo da posse, o direito de apresentação.* „No papel, em relação ao subscritor, há apenas promessa e essa foi transferida de mão em mão, *voz ambulans,* em virtude dizem os adeptos da *teoria da representação* do poder de representação, que se confere pela posse do título a qualquer um que disponha do papel inominado. Foi em tal sentido que A. ERINZ afirmou não haver no título ao portador *crédito,* mas *pleno poder.* Se à teoria dele foi fácil dispensar a *dissolvéncia* do crédito (direito pessoal) no papel, quer como o espírito no corpo *(J.* E. RUNTZE, *Die Lehre, von den Inhaberpapieren,* 1, 274), quer como conseqüência lógica de se presumir *de jure* proprietário do título o que está de posse dele e a qualidade de credor advir da propriedade do titulo (A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten, 577,* nota 9), com mais fortes razões podemos nós, pois a teoria que expomos não tem nenhum dos inconvenientes que assoberbam as outras teorias e concebe a incorporação em termos que não *dissolvem* o crédito.

4. ARGUMENTOS CRíTICOS. O papel é símbolo ou órgão . Não, porém, destinado a imediata, expressão da obrigação, ou a lhe servir de veículo, *corpo,* ou substância, em que se inocule, como *espírito ,* a obrigação.

Símbolo menos do que órgão não da *obrigação* mas da promessa unilateral, cuja vincularidade a lei estabelece.

Na simbolização da *obligatio* pelo papel, ou, o que é o mesmo, na elevação do papel à categoria de veículo da obrigação, ou, para usar do termo literalmente vertido, orgão de circulação *(Verkehrsorgan),* está o a que *J.* E.

KUNTZE chamou o segundo fundamento da sua teoria. Mas, se bem atendermos às relações, que se enlaçam no título inominado, que melhor se-nos afigura concretização de fatos, e cuja vida se exerce, às vezes, fora do título *r*

(tanto assim que o subscritor *já.* se considera *devedor,* e. o portador, *credor),* sem que tenha havido bilateralídade do negócio jurídico; e se melhor considerarmos o papel ao portador como expressão de série de

relações, símbolo de sistema de vínculos, havemos de aceitar o papei como o veículo ou órgão de circulação da promessa, que está

„como à procura do momento da apresentação, a fim de se constituir a pretensão. Pode-se objetar que o primeiro possuidor *aceitou* no momento em que se lhe a tradição. A objeção é perfeitamente respondível. Recebeu o título, talvez em lugar de pagamento, porém não se fez ainda titular da pretensão. Aí, tem o papel o valor da promessa e por ser, de si mesmo, símbolo de relações, é expressão sintética e corporal de uma porção de atos jurídicos, ou realizados ou ainda potenciais. Cabe ao portador o crédito, de que resulta o direito de apresentação para formação da pretensão. Em verdade, o que está - em seu patrimônio é o crédito, com o direito de apresentação, o título mesmo, uma vez que o tenhamos, aí, no caráter de papel de apresentação. O subscritor não pode opor certas defesas ao portador de boa fé, porque o direito dele emana da posse: é a lei que dá à posse do título ao portador o efeito de produzir a pretensão, com a apresentação (Código Civil, art. 1.507), como a posse de boa e a de má fé conferem outros efeitos, que se não poderiam explicar como fatos diretos ou relação jurídica entre proprietário e possuidor *(e.* g., Código Civil, arts. 516 e 517, 550 a 553, § 2.0, e 1.579, § 2.0) -A obrigação do proprietário ou possuidor reintegrado quanto ao ressarcimento das benfeitorias necessárias ao possuidor de má fé não se origina de relação *negocial* entre eles; não há, na espécie, nem o *in idem placitum,* nem, tão-pouco, o vínculo existente entre o *gestor* e o *damznus negotii,* na *negotiorum gestio* representativa ou pura. Se a quiséssemos assimilada a outros fatos, seria *à negotiorunt gestio* impura ou administração *re ipsa aliena,* por conta própria, caso especialíssimo, em que se não aplicam integralmente os princípios relativos à gestão de negócios representativa ou pura.

Teoria unilatera- Emissão listica pura (b)

CAPITULO III

EXAME DAS TEORIAS SEGUNDO OS FATOS PRINCIPAIS DA VIDA DO TITULO AO PORTADOR

§ 3.68S. Subscrição como fato capital

1.PERFEIÇÃO DO TITULO AO PORTADOR. Retenhamos o que nos ficou, inestimável, da doutrina da promessa unilateral:

desde o momento da perfeição do titulo, começa a justidicidade da promessa, em se tratando de título de crédito. São conseqüências disso: a) não é preciso que haja aceitação, ou qualquer atividade do tomador, vale dizer o surgimento do vinculo inicial nada tem com isso, nem pode ser subordinado a tal aceitação ou outra atividade; - *b)* ainda quando se trate de titulo com o nome do credor, concebido, porém, como pagável ao portadores, a juridicidade e a vinculação para com esses obedecem ao mesmo mecanismo dos outros títulos; *c)* o portador subsequente nada tem com o que pudesse existir entre o subscritor e os outros possuidores.

Pelo fato de se tornar perfeito o titulo, o subscritor fica na iminência de vê-lo penetrar na ordem jurídica.

Enquanto o título está fechado na gaveta, é como arma preparada, cujo gatilho não se puxou. Mais do que isso: porque a deflagração, corno ato do sujeito, *depende* de movimento da *sua* vontade, e a entrada do título na ambiência jurídica *já não depende* da vontade do subscritor. Tanto assim que, se ele o- perde, se alguém o rouba ou furta, a sua vontade não interveio. Não obstante a ausência do seu querer, o título caminha para todas as suas conseqüências jurídicas. O contacto do ato unilateral com a ambiência social, que é rêde cerrada de volições, na espécie volição *qualificada,* estabelece gerador si de direito em duas palavras : 2.CONTRIDIÇÃO DAS TEORIAS UNTLATFRALÍSTICAS. A enumeração e a exposição dos serviços prestados pela ação demolidora das idéias de R. VON JHERING, .1. E. KUNTZE 177 E. SIEGEL constituem, por bem dizer, o processo contra as teorias afirmadoras da necessidade de encontro de vontades entre o subscritor e o possuidor ou possuidores dos títulos. Sob a argumentação daqueles juristas e dos seus seguidores, ruiram as doutrinas que afirmavam existir negócio jurídico bilateral entre o emitente e o tomador, ou entre de e *incerta persona,* e todas as outras de igual teor.

A relação jurídica irradiada, essa, sim, tem de ser bilateral. Cada possuidor tem direito autônomo, quer quanto aos possuidores antecedentes, quer quanto ao tomador. Tal direito ~ imune às defesas que poderiam ser opostas àqueles. Na explicação dessa autonomia fracassaram as teorias contratualísticas, ainda quando, para tentá-la, recorreram a expedientes e a artifícios. Falou-se em renúncia por parte dos possuidores antecedentes. Falou-se em *r*

identidade de direito com a particularidade de não ser suscetível da oposição de exceções. Alegações frágeis, porquanto de tal renúncia nenhuma lei cogitou, nem se lhe encontra qualquer indício na vida circulatória do título, ou, sequer, na mente dos possuidores intermédios. A arbitrariedade do expediente por si só o condenaria. Se renúncia houvesse, poder-se-ia dar o caso de a excluirem, por declaração expressa, os possuidores sucessivos.

Ora, tal exclusão da *inopanibilidade das exceções* seria impossível. Portanto, da natureza do titulo, e não de pretensa renúncia, nasceu a imunidade, de que gozam os portadores. O outro argumento, o da identidade do direito, não é menos insustentável. Se o direito dos possuidores fosse igual ao dos antecedentes, se o mesmo direito circulasse com o título, as exceções teriam de passar de um para outro, ininterruptamente. Dizer-se que é idêntico, porém em cada um se despe das exceções oponíveis aos possuidores antecedentes, seria juntar coisas incompatíveis . A contradição ressaltaria. Sucederia o mesmo que sucedeu àqueles que recorreram ao instituto da cessão. Quem diz “cessão”, diz sucessão no crédito. As exceções migrariam de cessionário a cedente.

3.MALES DAS TEORIAS CONTRATUALISTICAS. A grande confusão derivou de se emitirem títulos quando se tem em vista, ou se está a concluir, ou se concluiu algum contrato. Tomou-se o elemento do contrato, estranho ao título, como ossatura do próprio título. Na cambial, o *pactum de combiando.* Em certos negócios de títulos ao portador, o contrato preliminar de emissão, o *Rfgebungsvertrag,* o negócio jurídico subjacente. Fôra explicar o geral pelo particular. Só acidentalmente os subscritores fazem preceder de tais pactos a assinatura de seus títulos.

Por vezes os títulos ao portador são pagamento, inclusive de créditos de origem não-negocial. Quando acontece aparecerem juntos, a obrigação que do contrato surge nada tem com a do título ao portador. O contrato pode ser apontado como razão técnica de se emitirem os títulos, não porém elemento de formação da dívida cartular.

Preceda, ou suceda à subscrição do título, o contrato de emissão supõe o título criado, ou que se vai criar, mas é estranho a ele. Na relação jurídica entre subscritor e tomador do título, pode ocorrer que nenhuma conseqüência tenha e só interesse ao que distribui e ao que toma o título, ou entre aquele e o subscritor, para lhes regular as relações jurídicas respectivas. No que concerne aos possíveis vínculos,

necessariamente futuros, entre portador e subscritor, nenhuma conseqüência tem.

Na forma atenuada que lhe deu OTTo VON GIERKE, a teoria contratualístíca via na feitura do título *ato dc criação,* não ainda ato jurídico. Criar e dar seriam separados. Uma das premissas e verdadeira: o título subscrito e guardado, antes de contacto com o *alter,* não interessa, concretamente, ao Soei WS. Já é título ao portador, já entrou no mundo jurídico, porque já está perfeito. Mas ainda não há *eficácia* . Nenhum direito ainda surgiu. O

subscritor pode rompê-lo. Não suscitou relação jurídica, porque se não produziu contacto social. Tôda relação jurídica é relação social. As outras premissas são errôneas. A tomada do titulo, como aceitação de direito oferecido, criaria o vínculo contratual entre o subscritor e os possuidores sucessivos. O vício é o mesmo de todas as outras teorias contratualísticas. Demais, Oro VON GIERKE não atendeu a que, em tôda a sua exposição, nenhuma resposta satisfatória dera ao problema. Scparando os dois momentos, como o fizera a (

Hegebunstheorie) , reconheceu ser vinculativa, desde a emissão, a oferta. Ora, o contrasenso logo ressalta: ou seria vinculativa desde logo, e nenhuma importância teria a distinção de períodos, em que insistira, ou não o seria, e teria ele de imaginar oferta latente que se tornaria obrigativa a cada tomada de posse por outrem. A solução proposta seria mais arbitrária do que o próprio problema.

A *teoria da boa /*4 procurou solver a questão construtiva pela introdução de exigência por parte do subscritor, de que sejam de boa fé os portadores para que se livrem das objeções e exceções oponíveis a possuidores anteriores.

Recentemente, surgiu variante, a que se chamou *teoria da apareneta.*

4. REFERÊNCLA, À APARÊNCIA JURÍDICA. Segundo E. JÁ-COEI e segundo HERBEItT METER, devem ser consideradas distintamente as relações jurídicas do subscritor com o primeiro tomador e as do subscritor com os terceiros de boa fé. Esses firmam o seu direito na *aparência* de haver o subscritor emitido titulo em virtude de contrato, aparência que persiste em seus efeitos protetores do terceiro, ainda quando o título houvesse entrado em circulação sem, ou, mesmo, contra a vontade do subscritor.

(Sobre a aparência jurídiba, E. JÂCOBI, em V. ERRENEERO, *Handbuch des Handelsrechts,* IV, 234 e 288 s.; *Wertpapier ais Legitirnatiortsmittel,*

174 s.; HERBERT MEYER, *Das Pttbltzitatsprtnctp,* 94 s.; *Der Rechtsschein des Todes,* passim; *Das Ãkzept,* 1 s.; H. NÃENDRUP, *Rechtsscheinsforchungen,* 1 a.) Desvia-se a discussão para o terreno do *principio de pubijeidade.* Mas esquecem-se os estudiosos da aparência de direito, desde Orro FIECHER até H. MEYER, de que um princípio, pelo simples fato de se referir a um instituto, não basta para explicá-lo, menos ainda para sua construção dogmática. Em têrno e através de cada instituto, muitos princípios passam. Estudado o princípio, estudado está o aspecto do instituto que ao princípio interessa, não o instituto mesmo.

A atuação entre o subscritor e o tomador somente é diferente porque houve o contacto e pode vir à tona o negócio *r*

jurídico subjacente, ou sobrejacente, ou alguma relação jurídica entre eles, não-negocial. Mas isso também pode ocorrer entre o subscritor e algum posterior possuidor se estiveram em contacto.

A expressão "aparência jurídica" *(Rechtsschein),* empregada por OTTO FISCEER, em 1900, adotada, depois, por E. JÁ-COEI, HEREERT MEYER e 1-1. NAENDRUP, veio nomear fato que juristas menos atilados já encontravam na vida do direito.

O própria princípio, a que ela se reporta, já existia, e não é outra coisa que um dos elementos ou partes do *princípio de publicidade.* Pretender-se com o só princípio geral da proteção da aparência jurídica explicar o que tantas teorias, sutis, imaginosas e, às vezes, de extraordinária percuciência não conseguiram, orça por toque de chamada para recuo histórico e reabertura de discussão já encerrada. ~,Que é que adianta, a espíritos que se não satisfizeram com as explicações dadas durante o século passado e o começo deste (portanto, de exigências metodológicas levadas ao requinte), vir-se dizer que os portadores de boa fé são protegidos, porque eles têm, a seu favor, a *aparência* de ter sido jurídica, contratual, a origem do título? É indisfarçável a petição de princípio.

A aparência apenas funciona como elemento para a formação de suportes fácticos, como os demais fatos do mundo, sejam do mundo inorgânico ou sejam do mundo orgânico.

5.POSSIBILIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE OU SOBREJACENTE. Para se esclarecer o regime da circulação dos títulos, particularmente o direito dos portadores de boa fé, quando o título foi pôsto a circular em conseqüência de perda, roubo ou furto, não se

justifica apelar-se para a crença do terceiro na existência de *contrato inicial.* Seria caminho tortuoso e, como vamos mostrar, suscetível de conduzir a erros. O

argumento, que, pensamos, foi a primeira vez que se opôs à invocação da aparência jurídica, de si só afasta a~possibilidade de se aceitar a explicação como constitutiva de teoria. Apronta A títulos ao portador para com eles pagar dívida, põe-nos no cofre, e desaparecem; ou, em vez de os pôr no cofre, sai com eles e os perde. Toma as providências que a lei lhe permita, inclusive a publicação pelos jornais. Feita a apreensão de alguns, não pode levá-la a outros, devido ã falta de prova de os haver guardado. A aparência da existência de contrato é nenhuma, dada a publicação que entendeu fazer. O possuidor não deixa de ser de boa fé se, sabendo da impossibilidade processual da apreensão dos restantes, adquire exatamente aqueles contra os quais não tinha ação na lei. Se dirige casa bancária, prefere não propor nenhuma ação e os jornais dão notícia do roubo dos títulos, desde que o adquirente sabe do intuito de não opor a exceção que lhe caberia devido à subtração dos valores , não se torna ele de má fé. j,Onde, porém, a aparência de ter existido contrato, se, precisamente, portador sabe que o contrato não existiu? Todo o esforço para explicar o titulo ao portador, pela teoria de boa fé ou da aparência, necessariamente fracassa. Mesmo porque a boa te do portador intermédio não inibe a oposição de exceções pelo subscritor, nem os atos desse , tendentes a destruir a aparência jurídica, podem conseguir a parada da circulação do título inominado.

Tudo que, nesse sentido, praticar, obstando à liberdade ambulatória da cártula, constituirá ato ilícito, suscetível de fundar a ação de indenização, proposta pelos prejudicados por essa invasão da esfera jurídica deles. A série dos possuidores é série de esferas de direito, sem qualquer dependência em relação ao subscritor.

§ 3.689. Exame da doutrina sobre os momentos posteriores à subscrição 1.CRITICA AO CONCEITO DA IMPESSOALIDADE. De certo tempo para cá, insinuou-se o conceito de impessoalidade, no qual vemos nada mais nada menos dó que a velha concepção da *incerta personal ,* sob vestes novas. É o caso de G. BONELLI (Sul fondamento e suíla natura de~l"obbligttzione cartolare nei titoli di credito, *Rivista dei Diritto comnterciaie,* II, 99; Appunti suíla natura giuridica dei Titoli di credito, VI, *1,* 516 s., 526 s., 531 s.) e de R. MÚLLER~ERZBACH (Das Unpersónliche des Welthandels, *Zeitschrift fu das gesantte Handelsrecht,* 86, 121). Ao assumir a obrigação, o subscritor prescinde de qualquer consideração relativa à pessoa daquele que será seu

credor. Teria caráter impessoal o crédito adquirido pelos possuidores. Mas isso é *pôr a questão,* e não resolvê-la. Se qualquer teoria pudéssemos ver em tais afirmações (impessoalidade, caráter impessoal) meros conceitos, apenas reeditaria a velha atitude contratualística. Um conceito não basta para formar corpo teórico. Por outro lado, pode bem ser que o subscritor limite a circulação do seu titulo, providência preliminar, de que tratamos. Continuaria impessoal, mas, apenas circulável entre sócios de um clube, assaz diminuído ficaria o valor do conceito. Impessoal, a *incerta persona,* ao sujeito *in abstracto,* tudo isso dá no mesmo. Os fatos característicos que constituem o problema do titulo ao portador são vários, e quem quer que siga.

com cuidado, a história dogmática notará que cada uma das teorias se prende a um desses fatos anormais e nada mais representa que a *explicação* do fato característico com que se preocupou. Ora, esses fatos, realmente perturbadores para a Qrtadoxia romanistica, são os seguintes:

(a)O subscritor fica *dando,* ainda que o título entre em circulação & contra ou sem a sua vontade, defesas que *r*

somente seriam oporilveis ao portador de má fé. Nesse ponto, já se inicia a discrepância teórica entre os que têm visto a vincularidade ou a vincularidade e a obrigatividade pela só *redação* (H.SIEGEL), pela *criação* (J. E. KUNTZE), pela emissão (O. STOBBE), pela *aquisição da propriedade* (H. O.

LEHMANN, G.CARLTN). Algumas variantes pretenderam ser mais fiéis na tradução científica dos fatos, inclusive a *teoria da entrega e recebimento da propriedade.*

(b)Ou saia o titulo por fôrça da vontade do subscritor, ou tenha contacto com o *alter* sem ou contra a vontade dele, há sempre *lapso de incerteza* quanto ao beneficiário, salvo, quanto ao primeiro possuidor, se houve tradição.

Aqui, começa a confusão na própria expressão dos termos descritivos. Em vez de dizerem os juristas que há *lapso de incerteza,* quanto ao beneficiário (incerteza que é essencial às coisas e fatos futuros, pela nossa ignorância do que vai suceder na dimensão do tempo), afirmam que existe sujeito passivo incerto. A palavra

“incerto” assume, então, ambiguidade prejudicial ao trato do problema. Pode significar aquela incerteza derivada de ainda não se

ter caracterizado qual é o titular do crédito e quem sera o titular da pretensão <incerteza no tempo, a que nos referimos), e pode significar o não se saber, ao certo, quem seja, no momento em que nasce a vinculação do subscritor, o outro pólo da relação jurídica em que ele é o sujeito passivo. Fàcilmente a ambiguidade perturba os espíritos e eles não vêem que, dado um sé significado à expressão *incerteza,* já se eliminam certos pontos de vista. Ora, afirmar que existe lapso de incerteza do sujeito ativo da obrigação e que essa incerteza concerne ao tempo, vale o mesmo que formular a pergunta após hipótese implícita: o primeiro portador, algum ou o último, pode ser o sujeita passivo, e a questão está em se saber qual deles o é. Em vez de se evitar, postula-se o vínculo direto com pessoa incerta. De início, alude-se ao que constitui o próprio cerne do problema. Por isso mesmo, tivemos de falar em lapso de incerteza do beneficiár: não dizemos incerteza do sujeito ativo, porque essa é que é, justamente, a questão magna> e afirmá-lo seria resolvê-la, preconcebidamente. *Beneficiário da promessa,* tal o que é incerto nas declarações unilaterais de vontade. Nesses termos , fica de lado qualquer hipótese inicial. e a investigação científica pode desenvolver-se com plena liberdade. A solução que demos foi simples: o subscritor deve, ou pensa que deve; quem esteja de posse do título, pode ele ignorar; se o titulo foi destruído, ou se o possuidor o perdeu, e não se acha, também pode ele ignorar. Se existe possuidor, ele deve; se no momento não existe, o subscritor deve a quem tem direito à posse. Se ninguém o tem, a dívida está ligada à sorte da *res nuilius,* que é a cártula. Quem do título ao portador se apossa, insere-se em relação jurídica, *que n& revive,* porque sujeito foram *todos.*

2. SOBRE A TITULARIDADE. A qualquer dos possuidores de boa fé, que *apresente* o título, o subscritor não pode opor exceções que lhe não sejam pessoais, as chamadas exceções *ex persona cedenti.s.* Durante a vida do titulo, vencido esse, qualquer possuidor pode *apresentá-lo.* No interregno, pode ter havido algum deles a que, se apresentasse o título, o subscritor poderia ter oposto certas exceções. Tais exceções não desapareceram, porém nenhuma prova temes de sua existência como direito subjetivo do subscritor. Não foram mais do que frutos que não *foram colhidos.* De exercício de exceções só podemos cogitar quando o possuidor se põe em contacto com o subscritor. este "quando" nos dá a chave do problema, porque êste "quando" varre a incerteza no tempo. Ele nos diz, claramente, o momento em que a linha curva, em que se acha a série dos possuidores, toca, adiante, o subscritor, na viagem circulatória do titulo. Repitamos a frase: "quando o possuidor se p5e em contacto com o subscritor". Quando é isso? Quando ele *apresenta* o título. O momento da apresentação cria a

pretensão, instantaneamente . Tudo que antes era nublado e parecia destoar dos princípios fundamentais das obrigações, prontamente se esvai. O direito comum readquire todo o seu domínio; não há obscuridades. Que prova isso?

Prova que só existe um problema: o da construção do título ao portador *antes* da apresentação. A partir dessa, tudo obedece aos cânones ordinários.

3.O QUE FICOU DA TEORIA DA PENDÉNCIA. Ao perceber a anormalidade somente até o momento da apresentação, li. VON JHERING não trepidou em afirmar que alguma coisa *pendia.* A exigibilidade *depende* da apresentação. Não há obrigação no título, dizia ele, mas, apenas, meio jurídico capaz de formar obrigação. O

titulo não é prova, é fonte. Ao arquitetar a nossa teoria, demos conta do avanço que representara o pensamento de R. VON JIIERING, sem lhe aceitarmos o silêncio quanto à situação do subscritor *antes* da apresentação. Nas relações entre possuidores e na própria relação, que vai vir, entre o apresentante e o subscritor, a teoria da pendência presta inegáveis serviços. Lá ficou, porém, o subscritor, sozinho e *devendo.* ~.Como explicar que ele não pudesse retirar a sua oferta, se ninguém ainda apresentou o título e pois não existe crédito? Nós mesmos defendemos o criador da *Pendenztkeorie,* pela possibilidade de haver regras jurídicas sobre não se poder revogar *oferta* (Código Civil, arts. 1.080 e 1.081) e ter-se a cláusula ao portador por uma das manifestações de vontade *vinculantes.* A defesa feita serviu à nossa teoria. Contudo, hoje, reconhecemos que outras objeções bem graves se *r*

poderiam fazer no mesmo sentido. Tudo se esclarece desde que, como fizemos, se aceite que a relação jurídica obrigacional só se estabelece entre o portador apresentante e o subscritor no momento da apresentação, existindo antes, desde o contacto do titulo com o *alter,* que tem posse, com a ambiência social, a *divida* do subscritor. As mesmas objeções, que se opuseram a R. VON JHERING, não podem ser opostas à nossa teoria, porque, nessa,. o ato de subscrição ao contacto com o mundo jurídico (o eu do subscritor, em seu ato, em contacto com o *alter* > decisivamente criou relação jurídica, em que os pólos são, distintamente, o subscritor e o possuidor, *quer se saiba quem seja, quer mio se saiba quem seja.*

A relação entre o subscritor e o *alter* torna-o vinculado pelo que prometeu na cártula, por tudo que, mas tarde, venha a prometer,

relativamente a ela, desde que se dê novo contacto entre o seu eu e o *alter*. Se o título foi roubado, ou furtado ou se outra pessoa a serviço do subscritor ou esse mesmo o perdeu, e o título permanece nas mãos do ladrão ou do achador, não se pode pretender que o subscritor esteja vinculado: porque: a) o sistema jurídico não estatui que alguém se *vincule* ao ladrão ou ao simples achador de promessa; *b)* seria preciso, para se verificar o contacto entre o subscritor e o ladrão ou achador, que se desse a *representação*.

Nesse momento, a objeção mostra bem que nenhum vínculo se formou. Aqui, alguns dizem que tais exceções (e objeções) supõem a dívida e têm o efeito de desfazê-la. Não é verdade. Tanto não é verdade que, antes de apresentação pelo ladrão, ou pelo achador, pode o subscritor promover, criminal e civil-mente, as medidas tendentes à reobtenção dos títulos de que foi desapossado, ou que perdeu. Onde a sociedade permite a ação criminal contra alguém não pode admitir que se cogite de *divida* do queixoso.

Certo, o achador pode ter direito a recompensa (Código Civil, art. 604), mas isso constitui prêmio a quem quer que ache qualquer coisa de outrem, seja objeto de uso, seja animal, seja titulo ao portador, seja dinheiro. A *obrigação* do subscritor, nesse caso, resulta do achado, e nada tem que ver com a natureza do objeto que se perdeu.

4.TEORIAS UNILATERALÍSTICÂS PURAS. Em vez de ver a relação (quem diz relação alude a termos ligados), a teoria unilateralística, acantonando-se do lado do primeiro termo , quis tudo decidir e resolver, como se só lhe interessasse, e à ciência, o exame do sujeito passivo. Ontologismo, mais grave do que o verberado à teoria contratualistica: entre investigadores que procuram seres , em vez de relações, pior caminho toma aquele que, obstinadamente, se põe do lado de um só ser. Em H. SIEGEL e seus seguidores, o mundo jurídico tornou-se visão restrita, paisagem só percebida pelo pequeno círculo de uma lente. A dificuldade estava em construir-se o fato jurídico do título ao portador. Tomou-se a resolução de se abstrair de todos os embaraços, postulando-se a excepcionalidade dos próprios elementos que dificultavam as teorias. A dúvida estava em se saber *qual* seria o sujeito ativo da relação. Cortou-se, cerce,o problema: não há sujeito ativo! A habilidade expositiva de II.SIEGEL serviu extraordinariamente ao êxito da doutrina nova, pelo arrojo construtivo e pelo possante solapamento dogmático. Não posso modificar, por minha vontade só, a situação de outrem: seria invadir a sua esfera jurídica. Mas a minha situação, ~ quem me impede de modificá-la? Só depende de mim. A minha obrigação, nascida unilateralmente corresponde ao meu ato de

queimar papéis que possuo, quebrar estatuetas.

Disse, está dito. É a sujeição à palavra. Assinei o título, devo pagá-lo. Contra os furtos e roubos, sou eu, e não os terceiros, quem se deve acautelar. Daí referir-se H. SIEGEL ao *herús necessarius,* inconfundível com a alusão de J.E. KUNTzE à *aditio hereditatis.* É inegável a verdade de algumas proposições, verdade parcial, incompleta, como passamos a mostrar. A redação material do título, segundo a lei, pelo sujeito capaz, evidentemente se *juridiciza.* Por se tratar de ato jurídico que não exige a bilateralidade ordinária, típica em quaisquer contratos e acôrdos, esse ato, só por isso chamado unilateral, prescinde de *outra* vontade, porém não de sujeito *individual,* que seja o outro pólo da relação jurídica.

5.RESULTADOS OBTIDOS. Desde que não se desça ao fundo teórico do problema , isto é, desde que não se postule a inexistência de vínculo, de *relação,* de dois termos , nenhum inconveniente existe em se falar de *fontes* das obrigações, nomeando-se o negócio jurídico unilateral (só unilateral no sentida formal, que acima foi esclarecido>, o negócio jurídico bilateral, de que o contrato é o mais freqüente , o ato ilícito, o ato-fato ilícito, o fato *stricto sensu* ilícito. Propósito de método, que já justificamos quanto à atitude do Código Civil.

Bem que, antes de H. SIEGEL, já houvesse surgido a teoria da pendência (1856), formulada por 11. vON

JHERINO, o espírito ocidental precisava ter passado pelo extremismo doutrinário de H. SIEGEL (1873), para se libertar <lo êrro , minaz e resistente, daquela afirmação, tantas vezes exprobrada, da existência de *obrigação* entre o subscritor ou emissor e o possuidor ou possuidores sucessivos. O mérito de II. SIEGEL foi o de completar a demolição que J. E. I{UNTZE e R. VON JHERTNG, quase no mesmo ano e por caminhos diferentes, haviam *r*

iniciado. No inventário geral do que fizeram, nunca se poderá

esquecer: a importância das idéias de 3. E. KUNTZE, ao notar a semelhança entre o negócio jurídico perfeito dos testamentos e o do título ao portador, rompendo com o contratualismo, que ele sustentara até o ano anterior; a contribuição de R. voN JHERING, ao mostrar o lapso entre a *emissão do titulo* e a *apresentação,* assegurando que, durante esse intervalo, não existe obrigação nem titular *individual* da pretensão; os dados de II. SIEGEL, que avivou as idéias de J. E.

KUNrZE, sobre as conseqüências jurídicas do negócio jurídico unilateral, o papel crescente da *providência social,* particularmente nos povos germânicos. O conjunto dos princípios que domina, hoje em dia, o problema das obrigações por declaração unilateral da vontade, não provém de um espírito, e sim constitui extratificação plurissecular da doutrina. Ainda nos resultados mais novos, já passou de um século a sua caracterização. Como quer que seja, 1856 e 1857 marcam-lhe o começo do período decisivo da dogmática, hoje arquiteturalmente acabada, do titulo ao portador. Auge, e talvez inicio de declínio, tanto ele depende dos destinos do Mundo.

Ao sair da Bôlsa de Londres, o especulador de títulos negociáveis, tendo-os à mão, pode olhar e meditar sobre o símbolo. E esse símbolo pode, como nenhum outro, porque ele moveu, mais do que os outros, as empresas e realizações dos nossos séculos, exprimir o que se passa quanto ao poder de construção e a inteligência abstrata do capitalismo. Viverá ainda centúrias e centúrias, ou declinará, apontado como um dos instrumentos -algemas do tempo que passou. Na história, e só, em sua estrutura e em seus efeitos, serve à interpretação do regime posterior ao descobrimento da América, e, ainda que se faça tábua rasa de todo o edifício jurídico contemporâneo, terá sido, econômica e intelectualmente, um dos mais altos documentos da capacidade humana de adaptação social e de criação.

1 3.690. Momento de Irradiação da eficácia

1.Posição DO PROBLEMA. Já vimos que dois erros principais estavam à base de teorias unilateralisticas e contratualisticas: a) discutir-se a unilateralidade da relação jurídica de crédito, ou das relações jurídicas de crédito e de obrigação,como se fosse possível relação com pólo único; *lO* aludir-se ou firmar-se teoria em que se tenha por bilateral o negócio do título ao portador. Não se viu que a unilateralidade, que se afirma, é a do negócio jurídico, da *fonte,* e não a da *relação jurídica* . Em *a),* lança-se proposição, que seria verdadeira se relativa ao *plano de existência* do negócio jurídico (= a manifestação de vontade de uma só pessoa, dita manifestação unilateral de vontade, pode fazer-se negócio jurídico, isto é, entrar no mundo jurídico, *existir juridicamente) ;* é formulada para o *pia-no de eficácia.* Em *b),* a proposição, que seria verdadeira serelativa ao *plano de eficácia,* enuncia-sé como proposição do *plano de existência* (a manifestação unilateral de vontade não pode juridicamente existir).

Ora, já vimos que o título ao portador começa de *existir,* juridicamente, quando é subscrito, se *lez specialis* não lhe exige outro elemento.

O que concerne à relação jurídica ou às relações jurídicas que surgem ou podem surgir já se prende ao *plano de eficácia.*

Se o subscritor perdeu o título já subscrito, não deixou esse de estar no mundo jurídico. Apenas, enquanto ninguém o acha (e pode ser que nunca seja encontrado), nenhum efeito se irradia dele. Existe, sem ter ainda qualquer eficácia.

2.DO "DEVE" E no "HAVER". Fatos característicos que turvaram o estudo e a discussão dogmática dos títulos ao portador, foram os seguintes: a) no passivo do subscritor, isto é, na coluna do *deve* dos livros de contas do subscritor, figura o quanto prometido no titulo; *b)* no ativo do podador, *antes* da apresentação e até o pagamento do título, ou até a alienação dele, está o quanto que o subscritor prometeu.

Só exame superficial poderia ver, *sempre,* no fato a) de escrita mercantil, ou de inclusão negativa no patrimônio, razão para se crer em vinculação direta entre o subscritor e o possuidor ou os possuidores.

A inclusão no passivo do subscritor significa que ele se reputa, com extrema probabilidade, devedor, pois que prometeu. Não sabe e talvez mesmo não possa saber se é *devedor (e.* g., pode ter sido destruído o titulo sem os dados para substituição da cártula, como se o tomador ou algum possuidor posterior o destruiu, voluntariamente Se o portador foi um só, a coexistência do quanto no *deve* do subscritor e no *haver* do possuidor coincide de começo a fim. Apresentado o título, ou se dará o pagamento ou continuará, no *deve* e no *haver,* o lançamento originário, com o acréscimo dos juros convencionais ou legais, que na espécie caibam. Ainda nesse caso, trata-se de pura coincidência. Tanto assim que, sendo insubstituíveis por destruição os títulos (o que pode constar dos *r*

próprios títulos), continuará no passivo do subscritor o lançamento, ainda que o portador já o houvesse desfeito no seu *haver.*

Se os possuidores são mais de um, a coincidência material ~ menos interessante. No *deve* do subscritor figura lançamento, desde que o subscritor se reputa devedor, mas pode dar-se o caso de estar devedor e não ter feito o lançamento. No *haver* do primeiro possuidor, o

lançamento começa da sua posse até o termo dessa, quer dizer desde que adquiriu o título até que o alienou, ou foi desapossado, ou o perdeu. Se tal possuidor roubou, furtou ou achou o título, o lançamento no seu *haver* não corresponde à verdade. Teria tanto valor quanto a nota do ladrão de jóias, que declarasse no seu ativo as jóias roubadas.

No livro do segundo, do terceiro, do quarto, ou de qualquer outro possuidor, o lançamento tem a mesma significação limitada à sua posse, ou, talvez, ao seu direito à posse, sem que qualquer alteração tenha havido no lançamento, que, desde todo o inicio, foi feito no *deve* do subscritor.

Se, durante a vida circulatória do titulo, depois de passar pó-las mãos de possuidores de boa fé, o titulo regressar à mão do que o roubou, nenhuma nota disso terá o *deve* do subscritor.

Se novo portador de boa fé o adquire, coincide com as fatos o lançamento de débito.

Que prova tudo isso?

Prova que do titulo ao portador, ao sair do poder do subscritor, e ao haver o contacto com alguém, irradiou-se a dívida do subscritor. Justo é que ele lance, no seu livro de contas, aquilo que deve. Será de boa norma debitar-se dos próprios títulos roubados, furtados ou perdidos. Mas, aí, a *juridicidade* e a *contabilidade* podem não coincidir.

Prova também que com isso nada tem o lançamento do possuIdor do título, lançamento que pode durar todo o tempo da vida do título, anos, meses, dias, horas, minutos, e, possivelmente , os segundos que batem entre os traços do lápis do corretor na Bolsa . Tanto isso é certo que se costuma lançar, no *luz-ver,* não o quanto que está prometido no título, mas o *valor* do título. Por quê? Porque o portador não é credor do subscritor, e sim o possuidor, *pro tempore,* de coisa móvel, de mercadoria, de *valor,* que pode subir e baixar de preço, deixar, mesmo, de ser valor apreciável e ter de ser lançado como perda.

Na classificação das teorias, vimos que umas pendem para a publicidade ou caráter público do título, que seria declaração à generalidade (J. O. GENSLER, H. SCHELLWITZ, F. J. STAHL, F. VON SÂvIGNY), outras acentuam a qualidade de mercadoria, que -tem o título (E. E. SOUCHAY, KARL EINERT, CHR. ER. VON

MÚHLENBRUCH, R. IV PFEIFFER, II. BENDER,

C.E. RocH, 3. A. SEUFFERT), outras procuram explicar o fenômeno *dentro* do direito privado, principalmente das obrigações. Nascida da análise das relações, a nossa teoria consegue resultados sintéticos, que satisfazem a todos esses pendores e exigências. Insistiremos nesse ponto.

3. O MAL DO VÍNCULO DIRETO PREMATURO. Cabe repetir-se que todo o mal das teorias foi partirem da suposição de obrigação do subscritor perante possuidores ou algum dos possuidores, ou, pelo menos, usarem de termos ambíguos em que punham a questão da incerteza do beneficiário.

Se o que se estava a discutir era a existência de *negócios jurídicos unilaterais,* entre os quais estão os dos títulos ao portador, *ainda* não se cogitava de verificação da eficácia concreta. A eficácia do fato jurídico pode começar ao tempo do início de sua existência, mas pode ser posterior, e a *ler specio lis* pode fazê-la anterior.

Sirva de exemplo de confusão EH. VON BÚLOw. Feliz em negar qualquer idéia de cessão nos títulos aos portador, com uma frase tão justa quanto enérgica: nenhuma cessão existe quanto aos primitivos possuidores; infeliz, nos termos que empregou. Diante de dificuldades, procurou afastá-las por meio de explicação tortuosa: pela emissão e recebimento do título,dois contratos se formam, um de mútuo e por que não de outra coisa?) ; outro acessório, pelo qual o mutuante autoriza o devedor e esse se obriga a fazer o pagamento a qualquer portador.

Outro jurista alemão, F. F. V"ON KERSTORF, chegou à exatidão de mostrar duas *relações jurídicas,* uma, do título ao portador como coisa corpórea,. e outra, de dívida. Nos títulos ao portador, elas são nítidas. Quando se trata da legitimação,

E. F. VON KERSTORF embaraçou-se com a suposição, que ele mesmo desnecessariamente introduziu, do vínculo coincidente com a existência do título ao portador.

Outro, C. F. KoCK, viu bem que, pela cessão de crédito, não se pode transferir direito sobre a coisa. Por ela só se transfere direito de crédito. Nenhuma aplicação de tal instituto seria possível quanto a instrumentos que passam de mão em mão e que, durante a circulação, se tratam como coisas corpóreas. Viu mais: viu que a função circulatória deriva do próprio título, e não de simples acessoriedade prática. Mas aí parou, ou se enredou na velha *r*

concepção contratualistica.

Ligar-se, preconcebidamente, ao primeiro, a todos ou ao último dos possuidores o problema da titularidade do direito que *corresponde* à dívida do subscritor, invocando-se *contrato,* é cercear-se a pesquisa e, devido aos obstáculos criados, levarem-se os investigadores a esforços imaginativos. Dizer-se que ao tomador cabe esse papel construtivo, como de aceitante, é omitir-se um dos dados principais: quem cobra o título pode não ser ele.

Ordinariamente , a pessoa do tomador e a do apresentante não coincidem e nisso reside a obscuridade do fenômeno. Demais, os possuidores sucessivos têm direito *autônomo ,* e a autonomia desse direito teria de ser aplicada, envolveria o mesmo problema, se o tomador fosse tido como o sujeito ativo da obrigação do subscritor.

As asseverações falsas por mais de um lado mostram sempre a sua falsidade: nos casos de circulação do titulo, sem ou contra a vontade do subscritor, não existiria a pessoa do tomador para ser o sujeito ativo da obrigação.

Ter-se-ia voltado à questão inicial: se não há tomador, quem é o sujeito ativo da obrigação? Se déssemos de barato não existir esse caso (aliás, inelidivel), a atitude doutrinária, a que nos referimos, teria de recorrer à cessão de crédito, velharía que fàcilmente se pôs de lado no século XIX. Duas outras, „i da *novação* (J" UNGER) e a da *delegação* (E. THALLER) não seriam mais feliZes. Uma e outra violentariam os institutos a que, respectivamente~ recorrem. Na novação, com o mudar do credor mudaria tAmbém o crédito, cairiam as garantias eventuais, e, em vez de ~ explicar, ter-se-ia complicado o problema. O que choca é a alusão a contrato entre o subscritor e o portador; a teoria multiplica a causa do choque: a cada portador, contrato nôvo . Como quer que seja, a autorização do subscritor pata que o portador - lhe dê novo credor supõe resolvido que ele, portador antecedente, era o credor. Exatamente n cerne da discussão.

4. CRÍTICA DA TEORIA DA FORMAÇÃO ORIGINÁRIA DOS DIREITOS DE CRÉDITOS SUCESSIVOS.

Teoria que procurou firmar-se há uns trinta anos foi aquela a que se chamou *teoria da formação oridinária dos direitos de crédito sucessivos.* No momento em que lança o título, o subscritor assume tantas dividas quantos os possuidores *sucessivos* do titulo. Para bem apreciarmos a artificiamente de tal teoria, basta que a traduzamos com toda a

clareza: no momento em que lança o título, o subscritor assume *tanta* dívidas quantos *vão ser* os possuidores sucessivos do títulO Explicação do anormal pelo mais anormal; melhor: pelo inadmissível. O que se pretende é que alguém possa assumição número indefinido de dívidas, perante número igualmente indefinido de possuidores futuros. Acrescentamos "futuros", para bem frisarmos o absurdo. O primeiro pode ter sido o u o achador. Um dos que após vieram pode não estar nascido, nem concebido, ao tempo do ato do subscritor. O

artifíciO exige nada menos que a derrocada dos princípios fundamentais do direito. Se fosse verdadeira a teoria,

~como se explicaria que o direito de cada um dos possuidores fosse autônomo ? Ou o contrato *foi feito* com todos, contemporaneamente para que cada um exerça o direito sucessiva-mente, e o nosso argumento do possível possuidor não concebido demonstra a inanidade da tese, ou o contrato *é feito* sucessivamente, sub-rogando-se cada um no direito do antecedente, mas ficando imune às exceções, com o que se chega ao cúmulo de infusão doutrinária. Estranhável que ainda surjam defensor como. E. BETTI, de teoria que não é mais do que disfarçada reedição das teorias contratualísticas dos possuidores sucessivos ou do portador *in abstracto.*

Também alguns juristas entendiam que havia no título ao portador *credito alternativo.* Para eles, a dívida surge concebida alternativamente quanto a todos os possíveis possuidores. O fato da exibição do titulo permitiria a concentração. O portador apresentante concentraria em si a subjetividade, determinaria o credor, e poderia extinguir~a dívida em relação a todos os outros possuidores. Oral não é preciso advertir-se que essa alternatividade de sujeitos aberra dos princípios. Ainda uma vez, a explicação do anormal pelo mais anormal.

Tratando-se de sujeitos, se o último é que seria, necessariamente , o credor, excluídos os outros, não teria havido alternatividade. Para que eles fossem alternativos, seria preciso que a série deles não fosse no tempo: em dimensão irreversível, a alternatividade é, por definição, impossível.

À própria concepção de JOLLY tentou chegar AGEO ARCANGELLI, em teoria, a que chamou *teoria da.*

emissão abstrata. A diferença entre as duas é a seguinte: para JOLLY, abstrato era o sujeito, ser complexivo, no qual se subsumiam todos os

possuidores possíveis, e não só aqueles que efetivamente vieram a ser possuidores do título; para o jurista italiano, a vontade do devedor seria relevante enquanto não se concretizasse a dívida.

Prosseguiu ele na sua construção imaginosa: o direito de crédito *(sie)* transfere-se de credor a credor, em viagem inteiramente indiferente e irrelevante para o devedor. Reinsistiu em tais idéias, ainda em 1928, em *II Dir-itto faili-mentare.*

Todas essas atitudes lembram a teoria da pendência, a que pretendem, como a nossa, substituir. Rigorosamente, são as duas únicas cujo processo temos de fazer. Por isso mesmo, a critica, feita por nós, em 1921, à teoria de R.

VON JHERING, não nos parece, hoje, devido às novas defesas e objeções, suficiente e completa. Acertado é *r*

dedicar-se espaço especial para a rediscussão da teoria da pendência. Sendo comuns à teoria da pendência e à nossa *algumas* objeções, até certo ponto O processo contra elas deve ser um só. Respondendo aos argumentos, teremos defendido a ambas.

5.DIVIDA E OBRIGAÇÃO. O ponto comum, que coincide ser, no estado atual da discussão, o mais grave, está na afirmação da inexistência da ação entre o subscritor e o possuidor ou possuidores sucessivos, *antes da apresentação.* Aqui e que se concentra a idéia mestra de uma e de outra teoria.

A coincidência principal consiste, toda, em nos afirmar

R.VON JHERING que, antes da apresentação, não existe sujeito passivo da *obrigação* do subscritor. (Mas advirta-se em que R. VON JEERINO não atendia a que a *divida* já existia. Nem separava do problema do exercício da *pretensão* o problema do conjunto do crédito.) A palavra *pendência* traduziu com felicidade o pensamento de R. vON JHERING, mas seria inadequada para exprimir a convicção da nossa teoria nós afirmamos que: a) o *negotium* enformado no titulo ao portador entra no mundo jurídico (= se faz negócio jurídico) com a subscrição; portanto, é unilateral; *b)* a *eficácia* é que depende de haver o contacto com o *alter,* de modo que a suposição do subscritor de que *deve* ou a sua posição de quem se *pode* tornar devedor corresponda ao nascimento da relação jurídica entre ele e alguém (relação jurídica de dívida) é apenas elemento psíquico. Pode não

existir qualquer vínculo, como se o tomador ou quem tirou da gaveta do subscritor o título ao portador entendeu destruí-lo e o destruiu.

A proposição, devida a R. VON JEERING, de que nenhuma relação direta existe entre o subscritor ou emissor e todos ou qualquer dos possuidores somente constitui aquisição definitiva, se não se refere à relação jurídica de *divida,* mas sim à *obrigação.* No lapso, que pode ser maior ou menor, a cada possuidor somente cabe direito de apresentar o titulo, ao vencer-se. Nesse, não há *obrigação ,* e sim meio jurídico, que habilita o portador, vencido o título, a exibi-lo ao subscritor ou emissor e formar a obrigação. Se R. VON JHERING houvesse evitado a ambigüidade da palavra "obrigação", que ora se refere a *divida,* ora a *obrigação ,* isto é, ora nomeia a posição passiva que corresponde a "crédito", ora a que corresponde a. "pretensão", teria sido definitiva a sua contribuição.

Algumas teorias, ditas *teorias da incorpora$o,* consideram o titulo como o *corpo* do direito; outras o reduzem a simples documento probatório. A atitude, que agora estudamos, difere,profundamente, de todas . Para ela, o título é fato, coisa móvel, realidade palpável, valor *preexistente* ao direito de crédito. Não é prova: é fonte. Cada possuidor é um titular, *pro tem-port,* do direito de apresentação, direito que não constitui anormalidade, porquanto quem possui um objeto, qualquer que seja, de metal, de madeira, de osso, ou de papel, implicitamente pode apresentá-lo. É a faculdade geral de exibir o que é seu, ou de que, pelo menos, tem posse. No título ao portador, tal poder de apresentação é *qualificado,* no sentido de ter efeito que a promessa inserta confere ao título, como valor e fonte do valor. (lima pedra de estimação, ou com qualidade rara, confere ao anel maior valor do que o ouro ou as pedras que ele tem, para o efeito de mais valor perante alguém que estima a pedra ou a qualidade descoberta. >

Da *verdade* que representa, para a ciência jurídica, a afirmação de só se estabelecer a *pretensão* com o fato da apresentação e, portanto, não existir, até então, relação jurídica de obrigação entre o subscritor ou emissor e todos os possuidores ou qualquer dos possuidores, tira-se solução para uma das partes do problema. *A pretensão nasce no momento em que se apresenta o título, e. a apresentabilidade depende, instantânea ou remotarmente, do vencimento.* De posse de tal convicção, resta o problema, ou, melhor, a parte do problema concernente à natureza da *dívida* do subscritor no meio tempo que vai do contacto do seu título, vale dizer da sua vontade, com o *citer,* até a apresentação do título.

6. INTERVALO ENTRE O CONTACTO COM O "ALTER" E A APRESENTAÇÃO. Ainda quando, acordes no que dissemos quanto à inexistência da obrigação antes de se exibir o título, tenhamos de afirmar que só então nasce *pretensão* do portador apresentante, três caminhos podemos tomar em relação ao fato (note-se bem: ao *fato)* de estar vinculado, desde o início, o subscritor: a) Preocuparmo-nos, tão-só, com o segundo período da existência do titulo, porque só então nasce a pretensão, satisfazendo-nos com o símile do chamado à sucessão, principalmente no caso especialíssimo da instituição do escravo.

b) Aceitarmos a separação dos dois períodos e explicarmos O primeiro pela concepção unilateralística pura: até a apresentação , o subscritor ficou *obrigado* por fôrça da sua própria vontade, conforme a teoria de H. SIEGEL. *c)* Vermos que a *iinciclaridade* do negócio jurídico unilateral do subscritor depende, como mostramos, do contacto *r*

com a esfera do *alter,* com a ambiência jurídica, que é um mundo de relações volitivas, e explicarmos a sua *dívida* e a de quem promete recompensa, do que põe à esquina a balança de níquel e cartões, o boneco vendedor de balas, o leão de metal vendedor de jornais, como o resultado jurídico da relação de direito entre o agente (subscritor do título, promitente de recompensa, dono do aparelho) e o *alter.*

O subscritor, pelo fato mesmo de estar *perfeito* o título ao portador, deu a esse os pressupostos de juridicidade. O

sistema jurídico recebe-o como cártula em que há negócio jurídico unilateral. O problema da *eficácia* é outro problema. Só há eficácia quando se pode irradiar direito, pretensão, ação ou exceção. Enquanto isso não ocorre, *existe* o título ao portador, porém ainda não é *eficaz.* Eficaz torna-se ele ao contacto com o *alter.*

Aí, a verdadeira explicação. Convém, todavia, que analisemos o que disseram os doutrinadores.

A solução a) foi a que adotou R. VON JHERING, mas, conforme dissemos, tendo à base a confusão entre *dívida* e *obrigação.* À segunda apegou-se J. RIESSER, em 1882, seguido por IJMBERTO NAvARRINI, em 1898 e, de certo modo, por F. MESSINEO, em 1928. A solução *c)* constitui a teoria que sustentamos.

Não consignamos a *teoria da oferta com o poder de representação aos possuidores,* porque a atribuição de tal poder a *incerta persona* pode supor a relação bilateral, incompatível com qualquer dos três

caminhos apontados.

É inegável o valor explicativo da teoria de A. BRINz, e já frisamos isso. Saturados das noções do nosso tempo, quase sempre imaginamos que o mandato, a representação, sempre existiu. Não nos lembramos de que por intermédio do escravo é que se dava a representação do velho direito. Escravo e título exercem, para A. BRINz, funções semelhantes. Ao formularmos a teoria, não nos utilizamos da noção, ~porque seria recorrer a dado histórico assaz remoto e já apagado na dogmática dos nossos tempos. Por outro lado, as noções de situação jurídica e de faculdade ou poder ganham, cada dia, maior precisão e clareza.

A solução a) e a solução *c)* não cogitam de qualquer suspensão do direito de crédito do portador, nem de qualquer conceito de credor em suspenso. Na primeira, isso pode acontecer e observa-se certa ambigüidade entre os que o seguiram. Deve-se afastar qualquer alusão à suspensividade, razão por que de nenhum modo serve à nossa atitude a palavra *pendéneia.* Nada pende. O subscritor já é devedor, como qualquer outro, desde que se deu o contacto com o *alter.* Cada possuidor. ao adquirir o título, já é titular do seu direito real, ou da sua posse, já é credor, e da possibilidade jurídica de exibir o titulo quando disso fôr época, nasce-lhe a pretensão. Seria exótica qualquer noção de suspensão de direito, ou de efeito que pende.

Objeta-se que a teoria de R. VON JEERINO não corresponde à convicção comum, à opinião do comércio, à intuição das gentes práticas. Por quê? Quando vamos indagar da razão dessa discordância entre a teoria da pendência e o modo de ver da vida quotidiana, somente apuramos que o vulgo tem o titulo como valor patrimonial. Porém isso é a velha objeção da existência do crédito no passivo do subscritor e no ativo dos possuidores.

~ Como explicar-se argüissem outros que de pretensão, *que ainda não existe,* possam derivar direitos acessórios indiscutivelmente atuais? Não há pretensão à percepção de dividendos ou de juros, ou de prêmios de sorteio, ou de bonificações, sem a apresentação do título, ou de cupão despregável , mas o crédito pode ter nascido. Se é mediante o título, *toilitur que estio:*

o carimbo, ou qualquer marca de ter sido pago o dividendo, o juro, o prêmio, ou a bonificação, simboliza a instantânea formação da pretensão e a solução; se foi apresentado e não se pagou o devido, formou-se a pretensão e continua, insatisfeita, contra o subscritor. Tratando-se de cupões, não é diferente a situação. Ligados aos títulos, mas separáveis a tesoura, ou pela linha pontilhada, ou simplesmente

marcada a traço fundo, os cupões de dividendos ou de juros, ou de qualquer outra espécie, só materialmente dependem do título, dependência que cessa pelo simples querer do tenedor deles. Em de mesmos, são títulos ao portador. A única diferença consiste em terem vencimentos sucessivos, talvez diferentes *(quod plerum que fit),* e isso não bastaria para neles se criar problema novo . Os elementos são os mesmos: declaração de alguém, que lhes confere valor autônomo e justifica o corte das linhas, ou o rompimento pelo pontilhado, para a negociação; a coisa móvel, tão facilmente despregável do título maior, que mantém verdadeira latência de negociabilidade, ainda durante o tempo da ligação; a série possível de possuidores, que são os mesmos do título, ou, depois de separados e transferidos, outras pessoas, que por isso mesmo não ficam em qualquer relação para com os possuidores do título. No caso mais sutil, que é o do cupão especial para tomar-se parte em sorteio, desde o momento em que o possuidor do titulo corta o cupão, cinde o valor do título em dois: um, aquele do quanto que se declara, e outro, o que era conferido ao título pela possibilidade, a *alea.,* de ser sorteado. Após a cisão, a latente negociabilidade do cupão transforma-se em negociabilidade efetiva, e a explicação científica do titulo serve, integralmente, ao pequeno titulo, que se cortou ou despregou.

Tão autônomos são os títulos e os cupões, tanto basta a esses a teoria daqueles, que, no momento de adquirir um título, que tenha folha de cupões para 25, para 30, ou para 50 anos, como é vulgar em empréstimos públicos, ou *r*

em debêntures, pode o adquirente separar todos esses quadriláteros de papel e negociá-los. Nenhum ainda se venceu. Nenhum ainda se vai vencer. *Já* . todos caminham, de mão em mão. Podemos transformar o argumento, que se invocou contra a teoria da apresentação, em magnífica defesa dela. O subscritor prometeu, no título, pagar quantia e juros. Um dos portadores, *sponte sua.,* desprega os cupões e negocia-os. Ao vencer-se o primeiro cupão, o portador desse não vai apresentá-lo. Vence-se o segundo, e ocorre o mesmo com outro portador. Vence-se o terceiro, e o portador desse apresenta-o, e recebe o dinheiro correspondente. O próprio título se vence, e vence-se o quarto cupão. O portador desse apresenta-o imediatamente, e recebe o seu crédito. O portador do título demora em apresentá-lo. Abre-se falência do subscritor. Os credores só têm a receber 15 %,. É o que- recebem os portadores dos cupões e do título. O portador do terceiro recebeu e deve ser tratado, em todas as conseqüências , como titular de pretensão anterior à dos cupões antes e depois vencidos e ao credor do próprio título,salvo se a lei falencial faz distinções. A cronologia das pretensões nascidas de títulos ao portador limita-se a critério

inflexível, que é o da *apresentação.* Se é certo que, dada falência antes dos vencimentos, os cupões de juros a vencer-se são prejudicados, isso decorre da natureza da promessa que neles havia, que era a de *juros.* Aliás, ainda sem o exemplo da falência, os cupões de dividendos semestrais ou anuais perdem qualquer valor quando, no tempo a que correspondem, a empresa não distribui lucros.

Prevendo a objeção, que se poderia tirar das leis sobre sociedades anônimas, que exigem aos possuidores de ações ao portador (ou dos estatutos que o estipulam) o depósito prévio, de dias ou de meses, para que possam tomar parte nas reuniões de assembléia geral, vale a pena, insistindo, caracterizarmos. mais ao vivo, o que foi dito. O

possuidor do titulo tem em seu ativo um *valor,* valor que exprime a soma das situações jurídicas que lhe nascem da posse do título. Uma delas é receber dividendos; outra, em certas sociedades de crédito, habilitar-se a operações; outra, tomar parte em deliberações sociais; outra, concorrer a sorteios. Todas são reguladas pelo teor da declaração ao público, pelos traços assentes em virtude da relação jurídica criada entre o subscritor e o *alter.*

Ora, o modo pelo qual tem de ser exercido o seu direito de tomar parte nas assembléias, como de todos os seus direitos, rege-se pelo que *disse* o subscritor e pelo que *disse* a lei. Portanto, pelo teor do título *mais* o que a lei manda que se entenda, ou pelos estatutos, que também constituem declaração à generalidade *mais* o que quer a lei. De qualquer forma, dá-se a *apresentação* e, na espécie, seguida de termo para o exercício. Com a apresentação, nasceu a pretensão a comparecer à assembléia. Antes disso, o direito existe, com o que se confirma, em vez de se atacar a teoria.

Na ânsia de desprestigiar explicação dogmática que satisfaria o método jurídico e esclareceria, írrecusàvelmente , o instituto do título ao portador, os que preferem as duas ortodoxias, a do vínculo contratual e a da obrigatividade unilateral pura, levantaram contra a teoria da apresentaçãO O seguinte argumento: Se, da data da apresentação, e não de outra, é que começa o direito de obrigação dos portadores,dela, e não do vencimento, é que devia principiar o decurso da prescrição. Ora, antes da apresentação, trata-se de prescrição da pretensão do subscritor, contado o decurso desde o vencimento, salvo quando teria de ser apresentado. Depois da apresentação, trata-se da prescrição da ação. Tão certa é a teoria da apresentação (digamos assim, para abranger todas as três atitudes), que no período que vai da subscrição à apresentação, não há causas impeditivas ou suspensivas da prescrição, nem cabe a regra *Contra non*

valenti agere non currit pra.escriptio.

Assim, o êrro da *teoria da pendência* e das outras *teorias da, ~presentação* consistiu, de um lado, em falarem de divida (ou de obrigação, no sentido de dívida), em vez de frisarem que se referiam à obrigação, posição passiva correspondente a pretensão; do outro lado, em terem deixado de sublinhar que a unilateralidade só se refere à promessa, que o negócio jurídico se perfaz com a subscrição (por isso, é unilateral > e que há momento intercalar, que é o da *posse* pelo *alter,* quando nasce a *divida.*

Temos, portanto:

a > No momento em que se escreve promessa unilateral, ou, em geral, em que se subscreve ou se perfaz promessa unilateral, o *negócio jurídico unilateral* existe. Pode dar-se que haja deficiência do suporte fáctico, no tocante à forma ou ao fundo, mas isso é outra questão, por ser questão de *validade* ou de *invalidade.*

Para a teoria científica que expusemos, o que importa, como *primeiro momento,* é o ato de subscrição. Após isso é que se pode cogitar da *eficácia.*

b) O *segundo momento* é o da posse por outrem, o contacto com o *alter.* A lei protege quem está, de boa fé, nesse contacto. Daí os efeitos.

A *eficácia,* em se tratando de títulos ao portador, começa com a posse por outrem.

Aqui, ou a posse é por ter havido emissão (= ter havido alguém que recebeu do subscritor o título ao portador, ou de alguém por ele), ou por ter havido furto ou perda, ou por ter o subscritor incumbido ou permitido a outrem *emitir.* A relação jurídica entre o subscritor e o emissor pode ser de representação, ou de primeira emissão (o subscritor entregou n outrem os títulos para que faça a emissão global, ou parcial, ou fique com eles todos, espécie *r*

em que há emissão, contacto com o *alter* protegido, desde que se entregam os títulos o subscritor é subemitente).

O fato de *ignorar* o subscritor quem possui, no momento,

o titulo, é sem relevância embora seja *fato* e entra na mesma classe dos outros fatos de ignorância (ignorar se o possuidor foi esbulhado, ou turbado em sua posse; se alguém é simples tenedor; se o título foi destruído ou perdido; se, materialmente, está em parte inutilizado; se

houve saisina, devido à morte do possuidor; se há questão sobre posse ou sobre propriedade>. Tudo isso é a *parte subiecti.*

c) O *terceiro momento* é o da apresentação. Apresentado o titulo ao portador, nasce o crédito.

Os três momentos sugerem que se chame à teoria *teoria dos três momentos.*

7.EXAME DE ALGUMAS OBJEÇÕES. As objeções, que acima foram desenvolvidas e respondidas, tocam por igual às três atitudes, a que nos reportamos, e são frágeis após a aquisição, que reputamos definitiva para a ciência, de ser a apresentação o elemento integral e o momento inicial da pretensão.

Há argumentos contrários, que só podem ferir a duas, ou uma delas.

(a) Objeta-se que, se a pretensão ainda não nasceu, não pode ser objeto de garantia. Sem razão. Quando a tivesse, não seria contra a teoria científica, e sim contra a teoria da vontade unilateral pura. Porque aquela, separando nitidamente as duas relações, as subordina a regimes distintos. De qualquer maneira, nada obstaria a que se garantissem créditos futuros e eventuais, ou pretensões futuras e eventuais, conforme permitem as leis. No próprio domínio da doutrina unilateralística pura, que deixa como que aberta a questão da natureza do direito dos possuidores *antes* e *depois* da apresentação, as garantias poderiam ser explicadas como atinentes à tutora relação jurídica, nascida do contacto posterior do portador apresentante com o subscritor.

Argui-se que, não existindo relação jurídica de obrigação entro o subscritor e os possuidores antes da apresentação, não se compreende o dever daquele, de substituir os titules destruídos e suscetíveis de substituição.

Ora, se a substituição é permitida o que, nasça da lei, ou da vontade do subscritor *mais* a lei *(jus dispositivum),* decorre da relação inicial entre subscritor e o possuidor ~-o dever de substituir coexiste, tem a mesma natureza, explica-se pelo mesmo modo por que se explica a obrigação ordinária do subscritor. O direito dos possuidores a novos exemplares não difere daqueles direitos, que reclamam os executores de um ato, ou os que prestam concurso, a que se lhes dê o prêmio ou a designação pleiteada

Contra a construção não é possível invocarem-Se aqueles ataques

tocantes à noção de crédito *em suspenso.*

Tão-pouco, valem contra ela os argumentos que estranham a intransferibilidade das relações jurídicas. Cada possuidor sucede na posse, como sucederia na posse de qualquer coisa móvel. Apenas, sendo o subscritor o *criador* do título, e não primeiro possuidor, não pode figurar na série dos possuidores de boa fé. Tal matéria depende do *direito sobre posse,* ou, em geral, do *direito das coisas* de cada Estado, sem que a variação de sistemas, assaz perceptível no mundo ocidental, desnature o titulo ao portador. Trata-se de regime da coisa corpórea, sem qualquer influência de ordem capital na estrutura da vinculação inicial do subscritor e da pretensão, que se vai exercer, mais tarde, com a apresentação do título.

Tudo isso mostra quanto são independentes os três fatos:

a)a dívida do subscritor; b) a série dos possuidores; e) a obrigação emanada da apresentação do título. O que torna aparentemente anormal a pretensão então formada é o surgir no mesmo instante era que se dá a exigência.

Vejamos claro:

1)é vulgaríssimo , mesmo nos contratos ordinários, a instantaneidade , a contemporaneidade da formação da pretensão e da exigibilidade dos créditos; 2) nem sempre, nos títulos ao portador, a apresentação e a exigibilidade (pretensão) nascem no mesmo instante. Sirvam de exemplo os títulos em que se diz “pagarei ao portador três dias após a apresentação”. A exigibilidade supõe a apresentação, porém não são necessariamente simultâneas.

CAPITULO IV

INICIO E FIM DA VIDA CIRCULATÓRIA DO T!TULO AO PORTADOR

§ 3.691. Lei de circulação dos títulos ao portador

1. CONCEITO DE CIRCULAÇÃO. Os títulos ao portador têm a sua *lei de circulação ,* diversa e característica.

Inconfundível com a dos títulos de crédito nominativos e à ordem. No seu próprio nome está a sua lei. O estudo do regime, o. que obedece a sua circulação, não é mais do que o desenvolvimento, em termos de movimento, da própria teoria intrínseca à sua vida. As considerações anteriores levam-nos, precisamente, à observação do que se passa na série dos possuidores, que nada tem, como dissemos, com a dívida do subscritor e com a pretensão que nasce da apresentação do título. De regra, ao subscritor não interessa o que ocorre entre dois ou mais termos da série. As próprias medidas de ordem criminal ou civil, tendentes a resguardar o interesse do portador desapossado injustamente, somente conseguem o que conseguiriam, em relação a terceiro, as medidas criminais e civis da mesma natureza-Quando se examina a lei de circulação dos títulos nominativos endossáveis, a dos títulos à ordem e a dos títulos ao portador, nota-se quão próxima da cessão de créditos é, sem com ela se confundir, a dos primeiros, como é intermédio a dos segundos e como se identifica com a das coisas móveis a dos últimos. Os títulos à ordem mantêm a peculiaridade, que deriva de serem títulos que caminham sem que desapareça > no texto, a *história* da série dos possuidores. No titulo ao portador, o elemento real, a posse do título constitui causa não só necessária como suficiente. A tradição, por isso, serve e basta A ambulatoriedade do titulo.

O regime da série dos possuidores é tão independente da obrigação do subscritor e da pretensão que pode nascer e deve nascer com a apresentação, que o título se pode achar vencido e, não obstante, continuar a sua viagem manual. Nos títulos nominativos e à ordem, não se dá o mesmo: cada possuidor, que vai deixar de ser, lança no título o ato que o desinveste.

Entre dois termos juntos da série, tudo se resolve com as noções ordinárias de transferência de coisas corpóreas.

Há de haver sempre negócio transíativo de propriedade ou constitutivo de direitos reais, ainda de garantia. O

mais vulgar éo contrato real; e às vezes acontece que tenha de intervir o critério de preferência entre dois adquirentes do mesmo título à mesma pessoa. Entre termos não juntos da série dos possuidores não pode interferir o mesmo critério de investigação de domínio ou de direito real. A lei brasileira, à semelhança de outras, submete a

circulação dos títulos ao portador a regime especial que é o da plena propriedade por parte do que

adquire, de boa fé, a posse.

Na vida circulatória do titulo, enquanto ele migra entre possuidores de má fé, o direito do possuidor desapossado vige o procura o titulo onde quer que ele vá parar. Desde o momento em que passa das mãos de um possuidor de má fé para outro de boa fé, a atitude do desapossado cessa. O seu direito morreu. Não é demais insistir neste ponto. O regime de circulação, a lei da série dos possuidores, matéria do *direito das coisas,* nada tem com os dois outros problemas, em torno dos quais se arquitetaram tantas teorias, que puseram à prova a imaginação humana e o seu propósito de verdade: a divida do subscritor e obrigação dele, nascida com a apresentação. Nos Estados~

em que o regime legal é diferente do brasileiro, a natureza do titulo ao portador não muda.

2. DA CIRCULAÇÃO. O efeito principal da circulação do titulo ao portador, no que ele é um *pUa* em relação às outras coisas corpóreas , consiste em que, com a aquisição da posse, adquire o portador a faculdade (no sentido que lhe damos), o poder, a autorização, se preferem, de, ao vencimento, apresentar o titulo. Não se adquiriu ainda a pretensão, ainda não há relação jurídica de obrigação entre o subscritor e o possuidor do título. A faculdade ou poder representa, como por vezes dissemos, *valor,* e esse valor, na escrita de cada um dos possuidores, pode ser expresso pela indicação nominal, corrigida nos balanços com os lançamentos de desvalorização ou de alta, pela cotação dos títulos no mercado, ou, se mais convém, pelo preço da aquisição. Tudo isso é possível e fácil, porque se trata de uma *res.* Durante a circulação, as relações surgidas na série dos possuidores e as conseqüências quanto a cada um deles são, normalmente, relações e conseqüências de direito das coisas. A simplicidade da lei de circulação dos títulos ao portador resulta de ser suficiente, sem qualquer outra formalidade, a tradição do título.

Se dos títulos ao portador passamos aos títulos à ordem e aos nominativos, tal simplicidade de regime gradativamente se atenua. Já a transferência dos títulos nominativos, paredes-meias com a cessão, assaz se afasta do tipo de circulação puramente real, que se observa nos títulos que foram concebidos ao portador.

Se ocorre que o titulo circula contra direito, isto é, sem ou contra a vontade daquele que era possuidor, pode esse perseguir o titulo em

mãos de quem quer que o detenha, até esbarrar na posse de boa fé de quem posteriormente o adquiriu, ou tomou, em virtude da sua posse de boa fé, àquele que de má fé se achava. Enquanto a circulação a jurídica se processa, enquanto todas as mãos são de má fé, persiste, vivo, o direito do desapossado. Ainda é o direito das coisas que decide. É ele que dá as ações, inclusive aquelas que sejam específicas dos direitos irradiados dos títulos ao portador.

3.AÇÕES DE NULIDADES E ANULAÇÕES E OUTRAS AÇÕES.

r

Aqui, surgem as ações derivadas ou cumuladas com as *nulidades* ou *anulações* de contrato subjacente, simultâneo, ou sobrejacente (por exemplo, incapacidade do transmitente, ilicitude do objeto), as derivadas de contratos *inexistentes,* a emanada da condição resolutiva tácita, a reivindicatória falencial, como se dá no caso de comissão, as oriundas da perda, roubo ou furto dos títulos contra o autor de achádigo ou delito e contra aqueles que, cientes do vicio da posse, adquiriram o titulo.

Já vimos qual o extraordinário papel, que exerce, na vida circulatória do título, a posse de boa fé. Já se frisou a instantaneidade com que tomba ao contacto de possuidor de boa fé, ainda que esse adquirisse do ladrão, o direito do possuidor antecedente. Pois bem: caso há em que, ainda contra esse possuidor de boa fé, pode ser proposta a reivindicação. Para que tal se dê, é necessário e basta que, na ação, o título tenha de ser tratado, não como titulo de crédito, e sim como coisa móvel imersa em *universalidade.* Porque, então, é a universalidade que se reivindica, segundo as regras jurídicas relativas à reivindicação dos bens que, em gênero, a compõem (imóveis e móveis acessórios, ou móveis).

O que acima se disse acentua o caráter de coisa corpórea, que têm os títulos ao portador, e a oportunidade de poderem ser tratados segundo a lei dos bens móveis, ou segundo a sua lei de circulação. Nos sistemas jurídicos, em que a lei de circulação dos títulos ao portador e das outras coisas móveis é a mesma, perde todo o interesse, de ordem teórica e de ordem prática, a hipótese da universalidade de móveis e as outras.

§ 3.692. Pretensão do possuidor

1.QUANDO SURGE A PRETENSIO. Já examinamos a relação jurídica em que é sujeito passivo o subscritor, relação inicial, marcada, quanto ao seu principio, pelo contacto da vontade do que subscreveu, do que *eriint* o título, com a ambiência jurídica, com o *alter*. Já tratamos da lei que rege a circulação dos títulos ao portador, quer dizer da série dos possuidores, que é entrelaçado de relações jurídicas, sem qualquer ligação com o subscritor.

Resta-nos o problema do surgimento da pretensão, da relação *obrigacional* entre o portador e o subscritor. Tal portador é o último de uma série. Ou foi o único. É o que apresenta. Somente nos títulos em que a apresentação e a exigibilidade não são simultâneas pode dar-se o caso de não ser o último. Na série até a apresentação, nenhum pode vir depois dele, porque a *atualidade* última da posse é indispensável à apresentação, que é ato possessório e material.

Mas, ocorrendo essa, nos títulos em que ela e a exigibilidade não coincidem, pode bem ser que o apresentante aliene, ele mesmo vá receber. Nada disso altera ou depõe contra a proposição de só surgir a pretensão com a apresentação. Tanto assim que, apresentado o título, a legitimação posterior para o recebimento cria novo regime circulatório, que depende das formalidades exigidas pelo subscritor e pela declaração inserta no título. Se na cáfula foi dito que "apresentado o título, será pago no sábado próximo", e o subscritor, ao ser-lhe exibido, carimba o título, com as expressões "apresentado no dia 5 de novembro" e o nome do apresentante, já o título não pode correr com a celeridade da sua lei primitiva de circulação. A pretensão surgiu, existe, no momento do contacto do portador com o subscritor, relação jurídica posterior entre eles. A simples tradição não mais pode reger a ambulatoriedade do novo título criado, segundo a hipótese, com os elementos materiais do antigo.

Se, em vez das expressões do carimbo e da inserção do nome do portador, o subscritor toma o titulo apresentado e, em troca, consigna ao portador documento nominativo, ou ficha de expediente, para o recebimento no dia marcado, tem-se de estudar qual a lei de circulação que há de reger o novo titulo (que pode ser simples documento de dívida), e não aplicar, nesse período evidentemente novo , princípios que só se referiam à vida circulatória do título antes da apresentação, noutroa termos antes da irradiação da pretensão .

Como quer que seja, a apresentação, que, para a quase totalidade das

teorias, não era levada em conta para a construção dogmática, mostra-se o ponto temporal culminante: põe termo à lei da circulação do titulo, ao regime de direito das coisas, que dominava as relações entre os possuidores, .e inicia a relação jurídica *obrigacional* (senso estrito) entre o subscritor e o portador apresentante, com a irradiação da pretensão a favor do apresentante.

Se todos os títulos ao portador fossem da mesma natureza, i tradição entre os que estão na série dos possuidores e a apresentação pura e simples ao subscritor *legitimariam.* Aqui, intervém a questão dos títulos que não se regem pela lei geral e especifica de circulação dos títulos ao portador, e a dos títulos subordinados à regra jurídica do art.

1.510 do Código Civil e a outras regras concernentes à legitimação dos possuidores de determinados títulos.

r

Ainda aí, o caso dos títulos ao portador puros é o de maior simplicidade. A exibição ao subscritor é *necessária* e *suficiente.* A noção de *aparência de direito,* que se quis invocar como explicação do título ao portador, nenhuma pertinência tem quanto à legitimação do apresentante. £ a própria natureza do título que faz passarem-se as coisas como se passam. Se alguma vez a aparência de direito serviu de causa a alguma regra de lei, não foi ai. Aí, as regras de direito nada mais fazem do que seguirem, de perto, a estrutura e a função do título. Quanto ao regime da circulação, sim: então, foi para proteger a aparência de direito que a lei subordinou a regra jurídica especial a aquisição dos títulos ao portador.

2. SUBSCRITOR E APRESENTANTE. Por ser a apresentação necessária e suficiente para que o subscritor *saiba* quem é, no mesmo instante em que se forma o crédito, o seu credor, e *fique obrigado,* os títulos ao portador não permitem que o subscritor se envolva na investigação da causa de aquisição do apresentante. Se entra em tais pesquisas, se, em vez de pagar, ou, nos casos de apresentação e exigibilidade não simultâneas, desce a indagações e retarda o pagamento, *obra a seu próprio risco.* A lei não o autoriza a isso. Se, ao contrário, paga ao portador que não era o legitimo possuidor do título, pelo simples fato do adimplemento não incorre em responsabilidade. Uma das conseqüências disso é não poder qualquer dos termos da série de possuidores obstar ao pagamento, sem que intervenha *mandado judicial.* Tal mandado judicial é ligado a processo, que mais participa

do direito das coisas, provAvelmente da posse, do que do direito das obrigações.

Somente matéria de dívida existe na relação jurídica entre o subscritor e o possuidor. Ainda se não deu a apresentação. O seqüestro , a custódia, a apreensão, a notificação para não pagar, derivam de ações reivindicatórias ou possessórias, talvez criminais, na série dos possuidores.

Cumpre, sobretudo, notar-se que se o subscritor recebe ordem de não pagar enquanto o titulo não fôr apresentado, em tempo oportuno, a pretensão não se terá formado. Por isso mesmo, a companhia de loterias, cujos títulos são insubstituíveis e irrenováveis , não está obrigada a pagar o prêmio, se, dentro do prazo para a apresentação, foi notificada para não pagar a determinada pessoa, tendo-se expirado o prazo sem que tivesse havido a consignação do bilhete para o recebimento do crédito.

3.INSTRUMENTOS DE APRESENTAÇÃO. Questão árdua, pelos princípios jurídicos com que joga e faz, entre si, chocarem-se, é a do *testa-de-ferro,* do *presta nome,* nas sociedades anônimas e noutros estabelecimentos em que haja conveniência de não ser uma pessoa portador de muitos títulos. A propósito, ocorre-nos lembrar dúvida, que tivemos de decidir, e decidimos, há uns trinta anos, não em princípio, mas atendidas as circunstâncias envolventes da espécie. Falecera pessoa que possuía a quase totalidade das ações de uma empresa. Em vida, para obviar aos inconvenientes do número de votos, pois cada acionista presente não podia representar mais de dez votos, distribuía pelos empregados e amigos as ações, ato fiduciário perfeitamente explicável. Cientes da morte do acionista presidente da companhia, cinco ou seis acionistas armaram grande golpe: marcadas, como já estavam, as assembléias, privados os herdeiros de mais de dez votos, pela indivisão dos bens herdados, fariam os testas-de-ferro o que bem entendessem. Um dos pontos principais era a eleição da nova diretoria, antes da qual não se poderia ultimar o inventário. Outro, grande empréstimo e a compra ruinosa de outra empresa similar. A situação, como se pode imaginar, era grave. Os herdeiros, verificada a iminência de serem postos fora dos cargos pelo grupo pequeníssimo de ações, e dos negócios maus que se pleiteavam, pediram ao juízo do inventário que permitisse ao herdeiro inventariante, acordes todos os herdeiros, distribuir, conforme fazia o falecido, as ações, a fim de evitar o golpe que se preparava. Seria autorizar simulação? ~.Ou seria autorizar um ato de administração, como podem ser os negócios jurídicos fiduciários?

A primeira solução com que depara o jurista, particular-mente o juiz que tem de decidir caso tal, é a de impedir, em princípio, a maquinação descrita pelos herdeiros. Tal foi a nossa primeira impressão. Meditando, vimos que não seria tão simples, como, à primeira vista, nos parecera, a resposta ao problema. A vedação de mais de certo número de votos tem por fim impedir a absorção dos poderes da assembléia por parte de alguém, ou de um pequeno grupo de pessoas. Evidentemente, seria simulatório o ato distributivo que, por exemplo, tivesse o intuito de aprovar contas do próprio simulante . Argumentos que se chocam e que, na ocasião, nos puseram bem vivas as conseqüências jurídicas de ordem prática. Não é demais reproduzirmos as considerações que, intimamente, pesaram para decidirmos como decidimos.

Se o fito da vedação pessoal de mais de dez votos fosse de tal ordem que devesse trazer à balha os princípios relativos à simulação, pela insinceridade do propósito da tradição do título, não se compreende que os autores dos estatutos tivessem preferido a forma ao portador. Uma vez que preferiram, a proibição de mais de dez votos perde o caráter de alta moralidade e propósito resguardante, que justificariam recorrer-se aos princípios da simulação.

Simulação é objeção, e objeções relativas aos lados, entre termos da série dos possuidores, não podem ser opostas *r*

aos que apresentam títulos ao portador. Poder-se-ia, sob o aspecto moral, descer a indagações ; mas estavam em jogo interesses jurídicos, exatamente no terreno capitalista. Não quer isso dizer que o aspecto moral tivesse de ser posto de lado pelo juiz. Aqui, precisamente, o cerne da questão no caso concreto, que tivemos de resolver.

De posse de títulos ao portador, pertencentes ao espólio, podia o inventariante, sob a sua só responsabilidade, usar de pessoas da sua confiança, a fim de melhor administrar e defender os interesses que lhe foram entregues. O

aspecto moral, variável, segundo os casos ocorrentes, pertence ao seu fôro intimo. Desde que todos os herdeiros entendiam indispensável o emprego das transmissões fiduciárias, a sua ação se cercava de prestígio e dificilmente poderia ele, opondo-se, bem servir à administração dos bens indivisos.

Não é idêntica a situação do juiz. O aspecto moral tem de ser examinado. Ele não pode, em principio, considerar fiduciária qualquer transmissão precária das ações, nem ferretear como simulação, em

princípio, quaisquer distribuições de tal natureza. Tem, portanto, de estudar *in concreto,* e de resolver em cada espécie. Se, exposto o que se teme e exposto o que pretendem os herdeiros, verifica que é possível, moralmente, a defesa do espólio, nada deve impedi-lo, provocado pelos interessados, de autorizar o ato, que se lhe pede. Sendo muitos os herdeiros, deve preferi-los para o encargo fiduciário; mas não nos esqueça que a sua autorização não deve ser interpretada como fidúcia do juízo: quem escolhe, quem confia, quem é responsável, é o inventariante.

Se, dito o que se quer, verifica o juiz não se tratar de ato de defesa dos interesses legítimos do espólio, ou de exercício regular de direito (como se há contrato do falecido que o obrigava e obriga os herdeiros à transmissão fiduciária), porém de maquinação, ou simulação fraudulenta, deve o juiz decididamente se negar à autorização. O

inventariante obrará, se o quiser, a próprio risco.

Nunca vimos estudada a situação do juiz em tais casos. Aliás, na matéria administrativa, o arbítrio judicial deixa quase sem o auxílio da doutrina a solução de tais dificuldades acidentais. Porque se fala em arbítrio, entendem os investigadores que a matéria não comporta análises e convicções doutrinárias. Por parte dos interessados, a posição do que usa de testas-de-ferro em assembléias de sociedades por ações foi considerada, mais tarde, por F.

MESSINEO (7 *Titoli di credito,* 157), no mesmo sentido em que decidíramos.

4. EXAME DA FUNÇÃO DA APRESENTAÇÃO. A conseqüência maior, que a teoria que expusemos e as duas outras semelhantes, construindo o título ao portador, reconhecem ao *ato de apresentar,* é a de fazer irradiar-se a pretensão. Portanto, da posse resulta a titularidade do direito, e não o simples exercício. Pelo fato de poder não ser proprietário o que apresentou, não se conclua que exerceu direito e pretensão que lhe não pertencem. A posse basta. Basta, qualquer que ela seja, para a relação jurídica que com a apresentação se cria entre o subscritor e o apresentante; embora, não obstante as parecenças, não baste na série dos possuidores. A confusão, em que facilmente se incorre, leva a desvios lamentáveis na teoria e na prática. Dissemos que facilmente se incorre na mistura das duas noções e convém dizer-se porquê: ao possuidor de má fé o portador desapossado pode pedir o título ao portador; contra o que se apresenta como possuidor de má fé em relação ao próprio subscritor, pode esse recusar o pagamento.

Num e noutro caso alude-se à má fé, pressupondo-se a salvo de restituição no primeiro e a salvo de exceções no segundo o possuidor de boa fé. Identificar as duas situações seria erro grave. Naquela, trata-se da má fé no tocante a possuidores anteriores, e nessa, da má fé só em relação ao subscritor. Desde que nada tenha o subscritor para opor ao apresentante, por vício da posse em relação a ele próprio, não pode indagar da qualidade da posse do apresentante. Exigir que fosse de boa fé o apresentante, seria, de si só, desnaturar o título. Há títulos ao portador suscetíveis de tais investigações, porém são excepcionais e, por isso, chamados *títulos ao portador impróprios.*

Na série dos possuidores, o titulo é valor mediato, enquanto se não vence, ou, após o vencimento, imediato. Num e noutro caso, negociável, porque se trata de poder implícito nos direitos componentes da posse. Os *títulos nominativos* e à *ordem* negociam-se, mas constituem bens infungíveis . Os *títulos ao portador* são bens fungíveis, posto que, por fôrça da vontade dos interessados, se possam tornar infungiveis. Inconsumíveis, eles o são sempre. De regra, coisas móveis. Ainda assim, pode imobilizá-los a cláusula de inalienabilidade; *e.* g., quando consistirem em apólices da dívida pública (Código Civil, art. 44, II). Em outros sistemas jurídicos, só os títulos nominativos de dívida pública podem ser tidos como imóveis; a lei brasileira não distinguiu.

Para o subscritor, o titulo não é valor no mesmo sentido em que o é para os possuidores, e sim valor (negativo) resultante da dívida que ele enferma, dívida independente de todas as eventualidades, transíativas ou constitutivas de direitos reais, que acaso hajam existido, existam ou possam existir durante o ambular mercantil do título. Após a apresentação, há correspondência, e não simples *possível* coincidência, entre o lançamento no passivo do subscritor e o lançamento no ativo do apresentante. Só então há, entre eles, *pretensão* e *obrigação.* De regra, o subscritor pelo título ao portador não sabe quem é o seu credor. Devido ao caráter giratório do título, pode suceder que muitos tenham sido os possuidores, e todos, menos o último, nada mais terão para serem considerados em *r*

relação ao subscritor. Para esse, foram mãos dadas pelas quais deslizava a *coisa móvel* do título ao portador. A apresentação é

indispensável, para que o devedor pague. Tudo o que se passou entre possuidores durante a deslocação do título nada tem com aquele que se fez devedor e agora se obriga. Porque esse apenas disse: “Eu pagarei a quem me apresentar”. Nenhuma alusão aos que possuírem antes de poderem ou de quererem apresentar o título. O devedor

ligou-se ao título; o titulo é coisa e como tal circula. Os possuidores são titulares de direito e, como tais, apenas pessoas com os pressupostos para apresentação do titulo. Não são titulares de pretensão. Possuem uni *valor,* conferido ao papel por aquele prometimento. Fato que é assaz comum no direito. Se, na folha de papel que está na minha mesa, Pechstein risca um desenho, não deixa a folha de papel de ser o que era, apenas à coisa se conferiu mais aquele valor, dependente do próprio desenho e do talento de Pechstein, como o valor conferido ao título depende da quantia lançada e da solvabilidade do que à promessa se ligou.

Uma das conseqüências de ser necessária a apresentação consiste em a divida que se consigna no título ser dívida que se vai receber, e não divida que se vai pagar. Donde dizer-se que a prestação é *Bringschuld,* e não *Holschuld, dettes porta-ides,* e não *dettes quérables;* vernàculamente, dívidas de ir receber e dívidas de ir pagar (Tomo XXIII, ~ 2.770, 8).

5.APRESENTAÇÃO E PAGAMENTO. Somente contra a entrega do titulo tem de pagar o obrigado. Por isso chama-se aos títulos de crédito *títulos de apresentação.* Pagando ao que se apresentou, libera-se o devedor. Para que se paguem, é mister que eles fiquem. São títulos que se restituem. *Prásentation.spapiere,*

~jnlõsu77g5pa7Jiere. Ainda quando o título se vença em dia certo, o subscritor não incorre na *mora debendi* antes de lhe haver sido apresentado. Às vezes há três tempos:

vencimento, apresentação e data do pagamento; caso vulgar nos títulos em que se diz "a três dias da apresentação", quando essa só se pode dar após certo dia, que é o do vencimento.

Pode dar-se que, em virtude de lei, ou de cláusula negocial, o pagamento se possa fazer (ou se haja de fazer) pelo cancelamento da declaração unilateral de vontade, que se inseriu no título, como é o caso do título ao portador que se recebe e, na ocasião do pagamento, se carimba ou se perfura com a declaração ou o sinal de pago.

6. SE HÁ "FAVOR CREDITORIS" NO INSTITUTO DOS TíTULOS AO PORTADOR. No ordenamento jurídico ordinário, os princípios (a cessão é exemplo disso) inspiram-se em *favor detitons:* quando se trata de problema técnico, ordinariamente o direito comum fica do lado do devedor. Nos títulos de crédito, dá-se o contrário: o prestígio deles, a larga aceitação nos tempos modernos, deriva, exatamente, de

favorecerem, por sua natureza e construção dogmática, os credores e futuros titulares de pretensão. Donde dizer-se que se firmam em *favor creditoris.* Mas. rigorosamente, esse favor não existe. Jurista italiano. que escreveu em 1928 e cuja teoria lembra e confirma, em parte, a nossa, exposta em 1921, FRANCESCO MESSINEO alude *ao favor creditor-is.*

Sem razão. Tratar-se-ia de favor, de obséquio jurídico, de pender propositado para o lado do *creditor,* se, na construção técnico-dogmática, houvesse possibilidade de alternativa, de opção legislativa entre soluções. Ora, na verdade, são essenciais a estrutura, a função e o regramento dos títulos de crédito, máxime quando concebidos ao portador. Não se dá opção legislativa, porque não há alternativa. Não há obséquio, não há nenhum favor, porque não há opção legislativa. Se comparamos o direito dos povos em matéria de cessão de créditos, veremos, nas próprias discordâncias, quanto é possível variar-se de regra jurídica. Nos títulos de crédito, a liberdade legislativa é menor. A natureza, a especificidade, a estrutura particular de cada um, predetermina-lhes o regime jurídico, em suas sutis conseqüências . Quando se nos deparam divergências, podemos ter por cedo que elas resultam da inferioridade de um dos sistemas jurídicos, e não da legítima possibilidade alternativa das soluções. Portanto, não há *favor creditoris;* e sim vantagens asseguradas aos credores pelo caráter específico dos títulos: literalidade, facilidade de circular, direito pessoal que depende de posse.

§ 3.693. Vantagem da construção

1.PRELIMINARES. De tudo quanto foi assente podeinos tirar que a vincularidade e a obrigatoriedade da promessa do subscritor, a circulabilidade do título e a inoponibilidade de exceções concarnentes aos possuidores anteriores ao apresentante são suscetíveis de explicação científica. Ainda mais que, adotada a teoria que expusemos, tais fatos, que perturbarem, até o desespêro, a doutrina dos séculos, são, claramente, *compossivezs.*

No título ao portador, o papel não é *pro ca* de crédito. Por uma razão muito simples: o crédito incorpora-se no título. O que ele é, verificá-lo-á quem quer que o examine de modo objetivo. Não é prova de crédito. Prova, ele o *r*

é, mas de promessa, que tem valor em si.

Não é um documento de crédito, porquanto a sua circulabilidade, o fato mesmo de entrar e sair da mão de alguém, sem que o subscritor tenha, ou precise ter conhecimento de quem seja o possuidor ou o negocie, evidenciam poder não haver o contacto jurídico entre o signatário e quem guarda no cofre, ou na gaveta, ou no bôlso, o título ao portador. A obrigação nascerá com a apresentação.

Prova de promessa, o titulo ao portador pode migrar, com o *valor* que ela mesma lhe confere, sem que precise intervir qualquer consideração de laço entre subscritor e possuidores.

Se descemos ao exame da natureza do *valor,* que a promessa,, por bem dizer, cola ao título, concluiremos que ele deriva de poder o possuidor apresentar, desde logo, ou a certo tempo, o titulo e fazer-se, com isso, titular da *preterido* contra o subscritor.

Ora, de onde procede o poder de apresentação? Muito tempo se perdeu em discutir-se se é o direito pessoal o acessório do papel e direito principal o direito sobre o titulo, se é principal aquele e acessório esse. No fundo, dois erros. O primeiro consiste em não se ter distinguido do direito pessoal, crédito, *já* constituído, a pretensão, que depende da apresentação. O segundo, em se procurar a relação de dependência entre os dois, concebida em termos de acessório e principal. Quem possui o titulo *também* possui o direito de apresentar. O poder de apresentação é inerente à posse, é a própria posse, é poder dentro de poder maior: possuir a coisa é ser titular de uma porção de poderes sobre ela, um dos quais é, justamente, o de poder apresentá-la a quem quer que seja, inclusive, quando se trate de titulo ao portador, ao subscritor. Esse prometeu, exatamente, considerar-se *obrigado* perante quem lhe apresentasse o título. A promessa migrou pelas mãos dos possuidores, a lei fé-la vinculativa desde o contacto com a ambiência jurídica. Daí o *valor* conferido, por ela, ao título, em que a dívida, direito pessoal, se incorporou.

Se a promessa é acessória ou principal, é questão ociosa. Se o *direito de apresentar* é acessório ou principal, constitui alternação de proposições igualmente falsas, porque tal direito não e acessório, nem principal, fie é, tão-somente, elemento da posse. Entre possuidores pode haVer disputa sem que isso interesse ao subscrítor.

A clareza de tal concepção a"fasta todas as velhas razões de dificuldade na compreensão e na construção mesma do titulo ao portador. Todos os fatos, que, nas outras teorias, se tornam anômalos, passam a ser conseqüências necessárias. A circulabilidade nada tem com a ligação vinculativa do subscritor obedece a regime possessório,

que pode variar, no espaço e no tempo, quer dizer entre paises e no mesmo país, sem que o titulo ao portador, como instituto, se desnature. A promessa (lo subscritor submete-se à legislação relativa ao contacto de tais vontades e à ambiência social. O direito de apresentação está incluído no conjunto de direitos, que resultam da posse. Quem possui o título ao portador é titular do direito de crédito, saiba, ou não, o subscritor quem seja. No momento em que se perde o título, quem tem o direito à posse e quem vem a ser possuidor se investe na relação jurídica. Foi grande mal para a doutrina, durante séculos, exigir que o subscritor saiba a quem <leva e se ainda deve. Se o título ao portador, sem que ele soubesse, foi destruído, cria-se ele devedor, e já o não era.

Nada, do que acima se disse, pode ser desmentido peles fatos, pelas relações, porquanto foram proposições a.

Provieram de dados colhidos no próprio analisar das relações, dos dados, cuja superestrutura é o título ao portador. Donde o caráter objetivo da teoria. Os fatos não a desmentem, porque ela não é mais que a tradução intelectual dos fatos.

2. CONCLUSÕES. Instituto de simplicidade econômica e prática extraordinária, o titulo ao portador torna-se obscuro quando o procuramos *explicar.* Nas suas conseqüências , a explicação é indispensável, porque difícilmente se lhe resolveriam as questões com a só e frágil confiança no bom senso, no tacto jurídico, no sentimento jurídico e noutras tantas consultas introspectivas.

As conclusões, a que, até aqui, chegamos, foram as seguintes:

a) O título ao portador, nos seus germes, aparece cedo na antiguidade: na sua estrutura jurídica e dogmática, é instituto relativamente recente. Das terracotas, das tabuinhas de argila ou de turfa, encontradas na região do Eufrates, às debêntures e às cambiais de hoje concebidas ao portador, longa distância vai. O *kudu* do Museu do Louvre, como as tabuinhas do *Rritish Museurn* e os discos de couro, recheados, de que falou ESCH1NE no *Dialogus de divitiis,* usados pelos Cartagineses, iniciam a história do título: são as principais figuras, de que saiu o titulo ao portador dos nossos dias. Todos os povos, provavelmente , a certo grau de evolução, os tiveram, conforme lhes sugeriram as circunstâncias. O *escrito* do Livro de Tobias e os documentos gregos são outros exemplos.

b)O destinatário de uma promessa pode ser indeterminado, mas

determinável. Isso não quer dizer que seja tal destinatário indeterminado mas determinável o *sujeito* da relação jurídica, com que nasce a vincularidade da promessa. A posse pelo *alter* é que determina.

r

c)De ordinário, há o *vinculum juris,* inicial, entre o subscritor e o primeiro possuidor: vontade do devedor, a que se segue o lançamento do título em circulação (lançamento voluntário, ou casual, pouco importa; a vontade inicial foi a da assinatura, sendo a passagem a outrem como que o remate para a eficácia do ato jurídico), e vontade do tomador, que se exterioriza no ato de adquirir o documento probatório.

Tal vinculo pode não ter existido. O titulo ao portador, antes de ser possuído por outro, não contém em si *relação jurídica :* também às cartas particulares, em que há declaração de proposta, antes da remessa, nenhum efeito intrínseco se lhes encontra. O mesmo não se daria em se tratando de. atos escritos recognitivos: neles, já haveria, pressuposta, a *selando jurídica,* e o documento ser-lhe-ia a prova, de modo que. *ex hypothesi,* a carta ou declaração teria valor inerente ao conteúdo.

O título ao portador é declaração unilateral de vontade. Ao contacto com o *alter,* nasce-lhe a eficácia; em consequência, ter de cumprir o prometido, e esse advento coincide com a *posse* de outrem sobre o título. Posse de outrem, porque a perda somente, sem que outrem venha a possuí-lo, não torna irrevogável o título inominado. Por quê? Pela mesma razão de todas as outras relações jurídicas em que o ser irrevogável constitui o vínculo: há irradiação de efeitos, conforme o direito, a ordem jurídica, que protege a posse dos móveis, inclusive a dos títulos circulatórios. Ao subscrever o documento, o vinculado *prometeu,* usou de poder, que é o de dispor, livremente, do próprio patrimônio.~ Enquanto é sem contacto com o *alter* o ato dele, nada Interessa à ordem jurídica, que apenas pode ter presidido à sua feitura para efeitos eventuais. Mas, na ocasião em que o ato deixa de ser individual, do *ego,* para se conjuntar à ação ou omissão de outrem, do *alter,* a ordem jurídica intervém, porque já se trata de fato pertinente às relações sociais: a lei impõe ao subscritor a irrevogabilidade do que ele declarou. Um *vinculum* existe, pois, como direito de crédito.

d) A *tradição* é indispensável para a transmissão do direito inerente à posse, do direito de apresentação ao subscritor, *que é a posse mesma, pois quem possui pode apresentar a quem quer que seja.* Se o portador

apresenta o título com a *vontade* de receber, isto é, para haver o quanto marcado no papel, nasce a pretensão. Estabelecida, assim, a obrigação entre o subscritor e o portador, pode esse exigir amigável ou judicialmente *id quod debetur*.

A apresentação é, pois, a finalidade. Para que seja legitima , mister será que, pela *causa possessionis,* lhe seja permitido dispor, ou, em outros termos , que exerça, por si, ou por outrem, o *jua abuiendi.* Se reclama, sem a faculdade de dispor do título, e o devedor adimple o prometido, fica desonerado lese. Quer dizer: o que fixa o credor é a *apresentação;* se o apresentante não o podia fazer, obrou em nome alheio *(negotion&m gestio* representativa ou pura), ou *re ipso aliena,* mas por conta própria *(negotiorum geatio* impura). Em qualquer dos três casos, que abrangem todas as possibilidades de detenção e conseqUente apresentação do titulo *(dominus, nau* do *minus: e.* g., mandatário, ladrão, depositário infiel, abuso do simples auxiliar da posse), estabeleceu a relação jurídica, porque o subscritor apenas exigiu, para se perfazer o crédito, que alguém lhe apresentasse o titulo com o fim de receber.

O que está no *patrimônio dos sucessivos possuidores* é o crédito, com direito de apresentação, isto é, o titulo mesmo, uma vez que o tenhamos, aí, no caráter de papel de apresentação. O subscritor não pode opor certas exceções ao portador de boa fé, porque o direito dele emana da posse e se criou *ex lege:* é a lei que dá à posse do título ao portador o efeito de produzir o crédito, com a apresentação, como à posse de boa e de má fé confere outros efeitos.

Não coincide o direito cartular, necessariamente , com a propriedade do título. Essa segue a sorte de toda a propriedade mobiliária, com algo de mais e de especial: a parada da ação de reivindicação em grau mais próximo.

As questões que podem surgir entre os possuidores cifram-se no direito à posse. £ da posse, que surge, sem necessidade de qualquer artifício teórico, o *direito de apresentação,* como da promessa do subscritor nasce, para o apresentante do título, a pretensão, após a exibição, ato necessariamente anterior ao da exigência da dívida.

As situações que porventura se estabeleçam entre subscritor e portador somente podem ser as de apresentação.

Por isso, ainda quê nos casos de simples detenção, o subscritor não pode indagar do direito à posse, explicação que se poderia, lá fora, entre terceiros, exigir ao portador.

A apresentação nada tem que ver com o *direito* nas relações do podador para com terceiros.

§ 3.694. Síntese de teoria

1.ATO DE SUBSCRIÇÃO DO TITULO AO PORTADOR E SITUAÇOES POSTERIORES. (a) Subscrito o título ao portador e em poder de outrem, o subscritor já é *devedor,* porque cada um pode modificar, a seu talante, a própria situação, *e.* g., pôr fora os pássaros do viveiro e deixar que voem, atirar moedas ao rio ou ao mar.

r

Se alguém pode desfazer-se de bens corpóreos, pode igualmente desfazer-se de bens incorpóreos, rompendo documentos de obrigações , que só se provem por escrito e, inversamente, emitindo títulos e lançando-os em circulação. No *jactum* de títulos há, a mais, a jactura, o lançamento: mas pode ainda faltar o credor.

tese credor só se pode conhecer pela *análise* da relação jurídica. A relação jurídica depende da posse por outrem.

Efetuada a análise, concluímos que não há propriamente obrigação com o portador ou portadores, mas promessa, que deve ser mantida, porque o exige o interesse público, *omnes* (o Estado, a sociedade, como se dá nos direitos reais). Há a *divida,* se sobreveio posse; ainda não há a *obrigação.*

(b) Do lado do possuidor, existe o *direito real* ou a *posse* (sobre o documento) e, elemento pessoal, o *direito de crédito,* e a posse contém o *direito & apresentar,* crisálida da pretensão (ainda, como veremos, nos casos de titulo representativo de depósito).

(e) Quem é sujeito passivo? Após as nossas indagações, concluímos, que existe a dívida desde que se dê a posse por outrem; portanto, existe o direito de crédito. Na situação jurídica após a posse, o sujeito ativo é o possuidor, e passivo, o subscritor. A lei assegura o direito à *formação 44 pretensão com* a *apresentação do titulo.*

Teoria semelhante, mas *só semelhante* à que expusemos, foi a do holandês G. WrrEWAALL *(Het Toonderpapier,* 86, 18, 6 e 42), Todavia, os processos a que chegou nem sempre foram indutivos. Entre nossas

atitudes de pesquisa há divergência, se não capital, importante para a apreciação crítica do método: atende ele à *propriedade,* nos títulos ao portador, e não à *posse.*

(d) O titulo circula. O fato da transferência constitui relações jurídicas entre cada possuidor e o seguinte. O

portador transferente é simultaneamente tradente do título e transferente do direito de apresentação do título, porque esse inere à posse, e do direito de formar, com a apresentação ao subscritor, a pretensão. AquOle direito é igualmente transmissível pela tradição do titulo.

Advirta-se, porém, que pode não ter havido *tradição.* Pode o possuidor ter perdido a posse, e outrem a ter adquirido, sem qualquer fato de transferência. O nôvo possuidor é o sujeito ativo, como seria se fosse o tomador, ou possuidor posterior, que perdeu a posse.

Se o título ao portador a nenhuma pessoa chegou, que lhe tomasse a posse, a divida não exsurgiu . Se, durante a circulação, ocorre não haver qualquer posse, há a promessa mas falta o *efeito* (a divida).

(e) Simples, a teoria analítica, que apresentamos, não derroga nenhum princípio fundamental, e vai até o surgimento da pretensão no momento de apresentação do título ao portador para se haver o quanto mencionado.

Aí, o título ao portador instrumento era que se lavrou a promessa e os possuidores, foram sujeitos ativos da relação jurídica de dívida, nas várias passagens da declaração escrita de vontade. Antes de apresentar, era o último portador, cumulativamente, possuidor do título, credor e guardador da promessa, que ele poderia apresentar, ou passar a outrem, sem que nada o ligasse ao título ao portador.

Não se tenham por títulos de crédito ao portador, antes da posse por outrem, só por se chamarem os títulos de crédito títulos de crédito ao portador. De crédito, eles o são em verdade, mas de créditos futuros, que ainda vão ser, porquanto não há, antes da posse, a relação jurídica entre o subscritor e o portador.

Depois da posse, são créditos como os direitos que tem o proprietário contra quem lhe corta as árvores, ou ceifa a sua herva, ou apanha as suas frutas, ou, mãos à rabiça do arado,lhe invade e sulca a terra. Entre esse lavrador, que exorbita,e o proprietário, que sofre o dano, há relação jurídica, que se não pode apagar, porque resultou da incidência da lei.

2.PROMESSA E CONTACTO COM O “ALTER”. A promessa fica perfeita no momento em que o promitente a subscreve. Trata-se do ato, da declaração unilateral de vontade, do negócio jurídico unilateral. Embora ninguém visse que a fazia o promitente, os pressupostos foram satisfeitos e é o negócio jurídico unilateral. A irradiação, de efeitos é outro problema.. Uma vez que se deu,o contacto com o *alter,* há a vincularidade. Quanto aos títulos ao portador, *pela posse.* Quanto às promessas ao público, pela *publicação.* Talvez o promitente não saiba uem *possui,* nem quem está em situação de poder apresentar-se. Há apresentação do título, em se tratando de títulos ao portador; em se tratando de promessas ao público, a apresentação é da pessoa.

CAPITULO V

REGRAS LEGAIS SOBRE OS CRÉDITOS ORIUNDOS DE TÍTULOS AO PORTADOR

r

§ 8.695. Regras jurídicas do Código Civil

1.VINCULARIDADE E OBRIGATORIEDADE SEGUNDO O CODIGO CIVIL, ART. 1.505. Estatui o art.

1.505 do Código Civil: “O detentor de um título ao portador, quando dele autorizado a dispor, pode reclamar do respectivo subscritor, ou emissor, a prestação devida. O subscritor, ou emissor, porém, exonera-se pagando a qualquer detentor, esteja ou não autorizado a dispor do titulo”. Antes de cogitar-se da sua elaboração e da exposição do seu conteúdo, observemos: a) que se frisou “subscritor, ou emissor”; *b).* que se aludiu à vincularidade desde a posse;

e)que se tratam as situações entre os possuidores como de juridicidade assente; *d)* que se atribui à apresentação o advento da obrigação.

Examinemos, de corrida, a fase de elaboração parlamentar.

O art. 1.505 do Código Civil procede do art. 1.624 do Projeto primitivo *(Trabalhos,* 1, 278), onde se dispunha:

"Todo o detentor de uni título *civil* ao portador, tendo direito de dispor dele, pode reclamar do subscritor a prestação devida. Todavia, o devedor exonera-se pagando ao detentor do titulo, ainda que não autorizado a dispor dele". A comissão extraparlamentar. dita Comissão Revisora, decidiu alterar a forma das regras jurídicas, em sessão de 19 de julho de 1900. E eis o que se resolveu (1, 568) : "O detentor de um título ao portador, com direito de livre disposição, pode reclamar ao subscritor a prestação devida. O devedor, porém, exonera-se ..

." Outra, porém. a redação que se encontra no Projeto revisto (1, 873, art. 1.790) : "O detentor de um titulo ao portador, autorizado a dispor dele, pode reclamar do respectivo subscritor àu emissor a prestação devida. O

„subscritor ou emissor, porém, exonera-se pagando a qualquer detentor, esteja ou não autorizado a dispor do titulo". Em 14 de setembro de 1901, o deputado AS Peixoto achou que o instituto dos títulos ao portador mereceria lei especial e nada disse sobre o atual art. 1.505. Em sessão de 3 de janeiro de 1902 da Comissão dos Vinte e Um, f oi aprovado sem emenda. No parecer da mesma comissão, datado de 18 de janeiro do mesmo ano, há alusão apenas ("regulou-se o título ao portador em direito civil") e no projeto por ela adotado conserva-se, com a mesma forma, o artigo *(Trabalhos da Comissão Especial,* 224), que apenas variou de número (art. 1.510). Não o emendou, tão-pouco, o Senado, em 1902.

Desapareceu do texto lega) o adjetivo *civil,* desnecessário que era e serviria para se porem dúvidas quanto à indicancia das regras jurídicas, nele contidas, fora dos negócios regidos pelo Código Civil.

O Código Civil regula os títulos ao portador *civis;* e, porque não há lei comercial a que se subordinem os títulos comerciais e somente se encontram regras jurídicas incompletas e especiais a determinados títulos, as regras jurídicas do art. 1.505 são o direito comum, servem de direito objetivo àqueles papéis inominados, ainda comerciais, ou de direito público, não compreendidos em algumas das regras jurídicas especiais das leis mercantis, ou de direito público. Muitas vezes, a incidência é total; outras, em casos de simples omissão .

Têm-se de examinar, uma por uma, as questões.

À posse do titulo está ligado o *direito de apresentar;* como está o direito pessoal, o direito de crédito, em relação ao subscritor. A obrigação desse nasce com a apresentação, pois que empregou a cláusula ao portador. Ao fazer o titulo, não houve, na realidade, quem estipulasse. Foi o próprio subscritor quem o quis. Na maioria dos casos a feitura antecede a qualquer ato que se pudesse ter por fundamental, por iniciador da eficácia. Do emprego , a que a lei confere certas efeitos especiais, *necessitais causa,* surgiram a vincularidade e a obrigatoriedade; e não (C.

SCHUMM, *Die Amortisation,* 50-54) da estipulação, que teria, na hipótese, existência apenas eventual, *possível,* e não *certa.* Pode não ter havido qualquer negócio jurídico básico.

A vinculação engendra-se da declaração unilateral de vontade do subscritor em contacto com o *alter,* com a ambiência jurídica. Não pode ele discutir o direito de propriedade do portador, salvo o caso de má fé ou das exceções do art. 1.507, que são previamente estabelecidas nos textos legais.

Tais princípios singulares assentam na necessidade mesma das *obrigações ao portador* e nas vantagens, que delas decorrem.

2.BENEFÍCIOS DO TITULO AO PORTADOR. Em dois sentidos podem observar-se os benefícios que presta ao comércio e ao público, em sua indeterminação subjetiva, o titulo ao portador: a)Paz mais cômoda e segura a forma de transmitir,porque a alienação se opera pela simples tradição e a aquisição originária da posse bastaria. Para os títulos civis e os demais regidos pelo direito comum, concede-se, por isso, *limitada* vindicação da posse (art. 521); e ainda mais *limitada,* para os outros. Facilita-se e acelera-se, com isso, a negociabilidade dos direitos (H. DERNEURO, *Das Rirgerliche Recht,* II, *1,* 140). Tomo X, §§ 1.1841.135.

r

Ao mundo das bôlsas, praças, mercados e tráfico vulgar,maiores são, e inestimáveis, os proveitos, não só pela segurança, que é sempre maior para o adquirente do titulo inominado, como porque mais expedita se opera a negociação. Foi em atenção ao papel que desempenha, nos mercados, o titulo ao portador, que o art. 521 do Código Civil, embora rejeite a regra. *Eis fait de meubles possession vaut titre,* com o que se conservou fiel à tradição de nosso direito e evitou a francesia jurídica, salvaguardou o direito do possuidor do titulo evicto contra quem, sem

ser dono e sem poder dispor, lho transferiu.

Mais ainda o amparou, quando estatuiu que, em sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretende a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou (art. 521, parágrafo único).

Tem-se dito que o art. 521 do Código Civil é absurdo, porque não assegura, em toda a plenitude, o direito do possuidor de boa fé e permite a vindicação, com o que incorreria no mais perigoso dos processos, que é o de restringir, destruir até, falsear, adulterar, na própria essência, a função do título ao portador (ASTOLFO

REzENLE, *Manual,* VII, 361 5. contra, CLÓVIS BEvIIÃQuÃ, *Código Civil Comentado,* III, 45-46). Mas não é aqui que havemos de submeter à análise critica o que pensam da lei os escritores e do princípio da irreivindicabilidade os juristas estrangeiros, que mais de espaço e profundamente examinaram o assunto. Cf.

Tomo X, §§ 1.133-1.135.

A cláusula ao portador serve, de preferência, aos *valóres da bôlsa,* principalmente por sua rápida e segura negociabilidade; mas nem todos os títulos ao portador são *valóres de Miga,* nem todas as obrigações que se admitem na bôlsa têm a forma ao portador (H. DERNBURG, *Das BIirgerliche Recht,* II, *1,* § 146, 340).

b)A cláusula ao portador favorece ao devedor. Não só lhe toma mais fácil adquirir fundos, como se dá flSS

grandes emissões, que a forma nominativa inçaria de dificuldades, como também lhe auxilia as posteriores operações, como sejam pagamento de juros, aquisições das próprias dívidas, etc. <J. X. CARVALHO DE

MENDOXÇÂ, *Tratado de Direito Comercial,* V, 120). Não é, contudo, *favor debitoris.*

O direito, que se declara, ou decorre da forma do título, deve ser um direito privado de valor econômico. Não se concebela titulo cujo conteúdo se resolvesse num direito de família ou de sucessão. Mas não se limita ao direito das obrigações (O.KNiEs, H. BEUNNn): não se faz mister que se trate de crédito; pode ser um direito nEo obrigacional, ao exercício ou transferência do qual se exige a posse do titulo. Todavia, neste Tomo XXXII, só nos Interessam os títulos de crédito ao portador.

Não dá um direito de crédito, mas de sócio; os conhecimentos e outros títulos servem para transferir e exercer a *posse* das coisas, e não propriamente a *promessa* da companhia de transporte, dos donos dos armazéns, ou de outra empresa.

A promessa de entregar fica, na espécie, como que secundaria ao titulo em sua precípua função respectiva.

§ 3.696. Apresentação do titulo ao portador

1. DADOS DO PROBLEMA. No art. 1.505 do Código Civil assenta-se que o tenedor pode haver o quanto se apresenta o titulo. A apresentação (H. SIEGEL, *Das Ver&prechen ais Verpfiichtungsgrund,* 115) seria, pois, o fato máximo. Porém máximo como deflagrador do resultado prático, que é a exig.enda, seguida de pagamento ou de ação. Para que seja legitimo o ato do possuidor, mister será que pela *causa possessionis* lhe seja permitido dispor, por si, ou por outrem, o *ius abutendi.*

Surge, assim, a questão: j,qual o poder fáctico que faz nascer a pretensão, em sendo exibido o titulo? j,A tença ou a posse?

O problema tem sido levantado e resolvido por modos diversos. Eis as teorias principais, em súmula quiçá deficiente:

a) a da tença; *b)* a posse, ainda a do ladrão; o) a posse de boa fé; *d)* a propriedade.

Todas se reportam ao direito de crédito ou à pretensão . No porem os termos do problema, reduzem-no às perguntas seguintes, que alcançam a *vezata quaestio* numa de suas faces, que é a das relações jurídicas entre o subscritor e o representante: “LA quem compete o direito cartular? ~Quem tem o direito de crédito? ~Quem é titular da pretensão?”

Desde logo frisemos que, se o jurista não distingue o crédito e a pretensão, logo se enubla o assunto e não pode chegar a conclusões precisas e verdadeiras.

2.As TENTATIVAS DE SOLUÇÃO. a) A primeira solução deve-se a H. SIEGEL *(Das Versprechen ais Verpflichtungsgrund,* 115 s.). Para ele, que tomou a peito materializar todos os fatos jurídicos que não fossem, no

titulo ao portador, a subscrição, a fim de afastar qualquer idéia de vínculo, fora fácil, se não lógico, privar a posse de todo o caráter, de qualquer aparência relativa ou contingente, de qualquer *qualidade:* mero niilismo jurídico na apreciação da posse do portador. Havia a confusão, que exprobramos repetidas vezes, entre *unilattraltdade* do negócio jurídico, que é o que ocorre, e *unilaterajidade* da relação jurídica, o que é absurdo.

A apropriação do titulo é fato puro e simples, dado material, nu de juricidade, *ajurídico,* digamos, sem saber e sem vontade *(ohne Wissen und WilIen).* Assim, são credores: o que possui para si, o depositário, o mandatário, o credor pignoratido, o inventariante, o usufrutuário, o inventor. A opinião de EI. SIEGEL fazia credores o que vale dizer "titulares do crédito" possuidores que o são apenas *alieno nomine,* isto *é,* que têm a posse imediata sem excluir, aos donos, a posse mediata. Ou só a tença.

Note-se que se confunde o problema da vinculação com o problema da legitimação. O subscritor ignora quem é o seu credor, porque o titulo foi concebido ao portador. Isso rifo pré-exclui que não tenha de pagar a quem apresente o título, muito embora *credor* não seja.

b) Não pensava assim 3. E. KUNTZE; repugnou-lhe sempre o fazer tábua rasa das noções jurídicas, de elementos que, produzidos em corpos regulados pelo direito e por pessoas que teriam neles a fonte de direitos, deviam ser vistos através das idéias jurídicas, e não à mercê de desenfreada materialismo, incompatível, em substância, com a composição abstrata. fias nem por isso, frisemos, menos natural e positiva, do mundo do direito.

A posse, sim, e não a *detentio,* deve ser tomada como critério, escrevia J. E. KUNTZE; e "acrescentemos (dizia ele) mais agudamente ainda: nego que a *detentio* seja o elemento decisivo ou opere igualmente que a posse" *(fie Lekre von den Inhaberpapieren, 1,* 803 s.). A só invenção não faz do inventor mais do que detentor da coisa achada, e *alieno noinine;* o achador não é, pois, possuidor, no sentido técnico da palavra. Mas, se o achador fica de má *fé,* com a coisa, de algum modo a farta:

é inventor que subtraiu e por isso mesmo possuidor de má. fé. Mas o possuidor de má *fé* não é menos possuidor que os outros:a posse dele é pior, mas é posse; por modo que se tem de reconhecer em tal espoliador um credor, o dono do crédito. Não se tem de indagar se a

posse é de boa ou má *fé,* com titulo ou sem título. O ladrão e o que se apropriou da coisa achada são possuidores do papel; falta-lhes, é certo, c *ondicio usucapiendi.*

mas assiste-lhe a posse e, com ela, a proteção dos interditos e o direito de exigir o crédito (1, 303 s.). O ladrão, o inventor, que fica com o título para si, não é proprietário, mas é possuidor; não pode usar da ação Publiciana, nem reivindicar; será destituído, se alguém propuser a ação Publíciana, ou se fôr intentada a reivindicação: perderá o papel e, com ele . o crédito.

Porém não se há de negar que ele tem a posse efetiva:

é, por isso, credor de fato *(wirlclicher GUtubiger)* e pode exigir o adimplemento, com exibir o título, e o subscritor, se lhe paga, libera-se. Só não é credor quem tem o *corpus possessionis,* a custódia, sem o *animus sibi hatendi:* quem assim guarda consigo o titulo, fá-lo como detentor; não é portador do crédito oriundo do papel, não é credor.

(Escusado é dizer-se que a teoria da posse, de que se servia J. E. KUNTZE, estava longe da teoria da posse segundo o Código Civil alemão e mais ainda da teoria da posse do Código Civil brasileiro. São chocantes, por vezes, os conceitos de que usa.)

.1.UNGER *(Die rechtliche Natur der inhaberpapiere,* 120, nota 25), pensou que J. E. KUNTZE houvesse tomado como critério "qualquer posse *querida",* como a do achador da coisa perdida, mas depois *J.* E. XUNTZE

esclareceu o que pensava.

O depositário e o comodatário não são o possuidores, no sentido em que a posse se reputa fonte da propriedade do crédito, porque eles praticam o ato *(e. g., a* apresentação) em nome do depositante ou do comodante. E a razão é simples; a posse deles não exclui, não efide, não se sub-roga à posse do verdadeiro possuidor.

Aí fica transcrita, do original, a opinião de J. E. KUNTZE, que não *tem* sido muito feliz nas citações em livros estrangeiros.

e)Seguiram a J. E. RUNTZE, entre outros, ALFREDO ROcCO, CESARE VIVANTE e *G.* BONELLT. Merecem exame as proposições dos dois últimos. Credor formal, titular do crédito, é o que figura como proprietário do crédito (escreve um deles) na forma própria de cada título; para os títulos nominativos, a inscrição no registro do estabelecimento emissor e a posse do titulo correspondente, com a

designação do seu nome; para os títulos *à* ordem, mediante a posse do título acompanhada de série continua de endossos que vêm até ele; para os títulos ao portador, a simples posse do título (CESARE VIVÃNn, *Trattalo di Diritto commerciale ,* III, § 981, 189 a., e §

988, 191 s.). Credor formal será, na maioria dos casos, proprietário efetivo do crédito, mas pode dar-se que figure como titular, perante o devedor, quem só seja um guarda, um *dominus in rem alterius,* e ai do patrão se esse titular abusa do poder aparente para se apropriar do crédito, ou para o transmitir a adquirente de boa fé!

O outro, partidário da *teoria da pendência ,* embora essa teoria elida o problema, entendeu suscitar e resolveu a *r*

questão de se saber a quem compete o direito cartular. Nada se opunha a que a suscitasse: o direito cartular pode não ser, como se dá na referida teoria, direito de crédito. Não coincide o direito cartular, necessAriamente, com a propriedade do titulo, escreve ele (G. BONELLI, Appunti suíla natura giuridica dei titoli di credito, *Rivúta dei* Diritto *commerciale,* VI, 519 s.) : e segue essa a sorte de toda a propriedade mobiliária, com algo de mais e de especial: a parada da ação de vindicação em grau mais próximo.

d) Variante da teoria de H. SIEGEL tivemos em ARNALDO BRURCHETTINI, que Aazo ARCANGELLI *(Rivista dei Diritto cammerciale,* VIII, 847 s.), sem razão nenhuma, considera adepto de *3.* E. KUNTZE, mas foi pôsto por Orro VOM GIERKE *(Deuteches Privatrecht,* II, 167 s.), acertadamente, entre os que atribuem o direito ao detentor. É o que se conclui das palavras dele, tiradas em vernáculo: o subscritor não se obriga com o proprietário, mas para com o exibidor *(detentor)* do titulo, e por se tratar de declaração de vontade e nela ser assim disposto; credor é aquele a quem o devedor pode e deve pagar; se quem possui (ARNALDO BRUSCHETrINI, *Trattato dei Titoli ai porta. tore,* 489 s.) o titulo pode exigir o direito que nele se contém e o subscritor se libera com pagar a quem lho exibe, nada impede que se atribua àquele o direito de exibir.

e)A terceira solução, vinda de H. THÕL, 3. C. BLUNTSCHLI, H. DnNBuRG e outros, foi sustentada por O. 5.

GRONHUT, no livro sobre direito cambilrio: o possuidor de boa fé, quando está livre da reivindicação, é proprietário do título; portanto, credor. A primeira vista pode parecer que se antecipa a quarta solução, que é da propriedade, mas esvai-se a dúvida, quanto à pretendida autonomia da explicação de 1H. TRÓL e C. S.

GRÚNHUT, quando se advirta nas palavras do último: *é* credor, em regra, o proprietário do título, mas a *qualidade* de credor não depende necessariamente da propriedade do título; em tais hipóteses, a propriedade pertence a um, o direito de crédito a outro (?).

<Percebe-se a confusão entre a existência do crédito e legitimação do portador. O subscritor, de regra, ignora quem seja o seu credor. Quando esse ou outrem apresenta o título nasce a obrigação. A quem apresenta o título ao portador o subscritor *pode.* pagar e *tem* de pagar.) *f)* Antes de quaisquer críticas, a teoria, que *é* frágil nas outras legislações, onde a boa fé tem efeitos atributivos de propriedade, desde logo se nos afigura inadmissível em nosso direito, porque cairia na solução de 1H. SIEGEL

(detenção) ou na de E. VON SÂvIGNY <*propriedade).* Com a hipótese da equiparação da *culpa* do possuidor de boa *fé à má fé,* as legislações limitam a extensão da boa *fé* como causa atributiva, e aí talvez se pudesse defender a solução que aqui recenseamos. Ora, no direito brasileiro, é impossível: porque o art. 521 do Código Civil tem em consideração a posse, sem antepor à fôrça vindicatória a barreira da boa fé; e ainda que as indagações possam descer à questão de propriedade, na apreciação da melhor posse, que é a finalidade de tôda ação, que tem por objeto, como a *Besitzrechtsklage,* a hierarquia das posses.

Vem de E. VON SAX"IGNY e de A. RENAXD a *teoria da propriedade;* mas o máximo êxito, promoveram-lhe LEvIN GOLDSCHMIDT e A. RANDA. Depois, foi cada vez maior o número de adeptos; e os nomes, que se enumeram (II. BRUNNER,

E. O. LEHMANN, MAx PÃPPENHEIM, G. CARLIN, W. ENDEMANN, OTTO VON GIERKE, R. VON

CANSTEIN, 3. KoHIER, CÂRL CROME, 1<. LEHMANN, Wotns, etc.), bastariam como suficiente adoção, se tal maioria não esbarrasse na acolhida que deram a outro princípio as legislações.

O subscritor não tem nenhuma obrigação de provar a terceiros a *legitimação* do portador. Nem ele precisa preocupar-se com os direitos dos proprietários. Claro que, se o portador se diz *mandatário,* pode exigir que o habilite. Mas, a!, é o próprio portador que *qualifica* e *faz dependente* a sua apresentação.

Dá-se o mesmo quanto ao servidor da posse: ele pode receber, ao guichê ou balcão; mas, se diz que é só um servidor da posse, e não tem

ordem de receber, ele mesmo se eliminou a faculdade de exigir com a apresentação.

8. CRITICA À TEORIA DA PROPRIEDADE DO TITULO. O :„rt. 1.505 do Código Civil não dá ganho de causa à solução analisada: pode ser-se proprietário sem se ter o direito de dispor, *e. g.,* em caso de sequestro da coisa, como se pode ter tal direito sem se ser proprietário, como o procurador, o gestor de negócios, no caso de *negotiorum gestio* representativa. Pode-se ter posse sem se ter poder de dispor *(e. g.,* o credor pignoratício). Poder de dispor nem sempre coincide com direito de propriedade; o legitimado a dispor nem sempre é proprietário. O

dono de título que foi furtado ou perdido, ainda depois de iniciadas as formalidades do Código Civil, art. 1.509, não pode dispor possessôriamente do objeto, cuja posse imediata perdeu; proprietário, ele o é, mas sem a disponibilidade possessória do título, embora por motivo de impossibilidade material. Pode ceder a pretensão e a ação contra o detentor e até mesmo os direitos à~ providências do Código Civil, ad. 1.509, pois que são perfeitamente transmissíveis. Contudo, o direito de ir receber, com o título, não o pode ceder, porque ele não tem o título. Poderia transferir a propriedade do titulo, sem a posse imediata.

Tanto é certo isso que, mesmo feitas as diligências legais, só após sete meses lhe será dado outro, se não aparecer, *r*

no período legal, o papel furtivo, ou inventivo. Com o mandado do juiz, para que lavre outros, o portador-apresentante emissor pode receber; porém somente se dá isso, porque se evitam desse modo os atos desnecessários: receber novos títulos e, no mesmo instante, exigir o pagamento deles.

A hipótese da caducidade, conforme o Código Civil, art. 1.509, e o art. 341 do Código de Processo Civil, traz argumentos de indiscutível valor positivo. Todavia, não alcançam eles o ponto, nem têm o efeito, que se lhes emprestou, de destruir a solução de E. VON SAVIGNY e de A. RANDA. A amortização mata, em mãos de terceiros, o direito de crédito, e apenas lhe deixa título nu, com atribuir a outrem o direito. E daí aventurar E.

JACOBI *(fie Wertpapiere im bi&gerlichen Recht,* 108 a.) que se trata de exceção ao principio da propriedade: um tem o crédito sem a propriedade; outro tem a propriedade sem o crédito. Vejamos a falta

de exatidão de tal exegese no direito brasileiro e no direito alemão.

Durante o *processo de oposição,* preliminar da declaração de caducidade, pode imitir-se o opoente na qualidade de credor, de acOrdo com o estatuído na lei processual, e prestada a caução bastante. Não vem dai, todavia, a paridade que se lhe quer descobrir: afasta a caução a idéia de propriedade do crédito, com que se quer cindir o titulo e o direito, tanto assim que, se não a presta o requerente, nada receberá.

Ainda mais: se aparece o possuidor e desfaz as argüições do opoente, reintegra-se em sua perfeita situação jurídica. No direito alem&o, dá-lhe a sentença o direito de havê-lo do subscritor, conforme dispôs o Código Civil alemão, § 800, quanto ao título caduco (kraftlos), que será substituido por outro, pagas as despesas pelo requerente. Não vemos, portanto, onde a razão das afirmativas de E. JACOBI: nada obsta a que, ainda na hipótese de proprietário do crédito ser o do titulo, faleça o crédito pelo amortecimento do titulo, que nada mais é do que a extinção *material do papel ao portador.* É a lei que destrói, com o seu poder, o que ela mesma criou, a vincularidade, e estatui que de outro modo se regulem lá fora, na outra ordem de relações jurídicas que são as estabelecidas entre os possuidores, assuscitadas.

Fraca, a solução da teoria da propriedade não se esboroa, todavia, ante asse só argumento. Mais valioso é o outro, que nos fornece o mesmo E. JAoOEI: a especificação. Uma apólice da divida pública, por exemplo, feita em bom papel, com um longo quadro em branco, apenas filigranado, vai parar na oficina de um pintor, que, de boa fé, crendo tratar-se de titulo com pretensão prescrita e abandonado, o aproveita para composição original. No campo filigranado, onde só se poderia ver, por exemplo, o número da série, o artista pinta cabeça de expressão cívica e sobre o restante coloro, aqui, um desenho que havia na própria ápice , desde ali um traço, apaga adiante uma aspereza de tom. Não se pode mais reduzir à forma primitiva o titulo (Código Civil, art. 612 e 5 1.0>: surgiu daquilo a espécie nova, e “speciem novam non adquiri facienti, nisi eam fecerit suo nomine et bona fide” (A.

VINNIUS, *Institutionum Impertalium Commentarius academicus et forensi.s,* 188 s.>.

Das duas exceções, caducidade e especificação, leva-se E. JÁCOBI à generalização concisa: a propriedade e o direito de crédito coincidem, em regra, não porque esteja na essência do crédito que o proprietário seja também o credor, mas porque o titulo tem por fim legitimar o

titular.

Outro embaraço sério à solução da propriedade é a do conceito mesmo dessa propriedade. Os adeptos de tal teoria entre si não se entendem. Alguns variam, a cada passo, de noção. Outros tresvêem nos fatos. Onde mais fôra crer-se em propriedade da cártula, vêem a titularidade do crédito; onde mais certo seria ver-se o crédito, encontram a mistura dos dois elementos, o real e o obrigatório.

Cumpre insistir.

Há uma hipótese, de C. 5. GRÚNHUT, que nos merece ser relembrada. Alguém entende escrever promessa ao portador nas costas de desenho de Dilrer ou de Rodin, mas expressa-mente reserva para si a propriedade do papel.

Quem toma tal titulo necessAriamente tem contra si aquela disposição, que lhe exclui a qualidade de proprietário.

Por onde quer que vã, o titulo pode ser reivindicado, salvo os casos normais de perda de propriedade móvel. A declaração de vontade que foi aposta cria, em cada portador, a má fé, empecilho à aquisição pela usucapião. A posse, e não a propriedade, é o que se faz mister ao titulo, não só nas relações do apresentante com o subscritor, como em quaisquer outras. Admira que a tal conclusão não chegassem C. 8. GEtYNHUT, que compõe o exemplo, e outros, que o referiram: aquele, como vimos, partidário da posse de boa fé, e esses, quase sempre da propriedade. São situações imprevistas por eles e possíveis, principalmente no direito brasileiro, cuja doutrina de reivindicabilidade mobiliária é ampla, à feição romana: a) reivindicação do desenho, se no vencimento o portador não o quer exibir para o crédito e entregar, em ato simultâneo, a alheia propriedade; *b)* perda da propriedade pelo subscritor da promessa, se alguém adquire o titulo, sem mais se perceber a cláusula: o adquirente de boa fé, findo o prazo legal, terá usucapido o desenho, e. como não é obrigado a usar do direito de apresentação, a fim de receber a quantia devida, pode preferir ao crédito a pintura.

4.O. ÃRT. 1.505 DO CÓDIGO CIVIL E A TEORIA DA POSSE DO TITULO AO PORTADOR. As questões *r*

que podem surgir entre os possuidores cifram-se, todas, no *direito à. posse. É* da posse, que surge, sem necessidade de qualquer artifício teórico, o direito de apresentação, como da promessa do subscritor nasce, com o contacto com o *alter,* o crédito e, para o apresentante do

titulo, a pretensão, após a exibição, fato necessAriamente anterior ao exercício da pretensão e *à* própria pretensão.

As situações que porventura se estabeleçam entre subscritor e portador somente podem ser as da posse e as da apresentação, e como essa ocorre, ainda nos casos de simples tença, o subscritor não pode indagar do direito à posse, que se poderia, lá fora, entre terceiros, exigir ao portador.

Apanhou E. JACOBI *(Die Wertpapiere im bitrgerlichen Recht,* 93 s.), com inexcedível felicidade, o lado científico: legitimado para um direito diz-se aquele que, mercê de determinado fato, o tem por seu, exteriormente; a eficácia dele desaparece, desde que se elida, pelos meios óbvios, a *aparência jurídica,* que o legitima.

Mas qual a posse?

Todo direito de ação, dizia KARL EINERT *(tYber das Wesen ,rnd die Form des LiteralcontrtLktes,* 11, 81 e 82

s.), se funda, ai, na posse material *(Kórperbesitz).* O adquirente do papel obtém, com a tomada da posse, não o direito transmitido, mas direito próprio, somente para ele negociado. O jurista alemão estava perfeitamente informado dos caracteres *práticos* do título ao portador. Contudo, os seus estudos teóricos não devem ser tidos na mesma consideração, pois o método de investigação, que adotou, somente conseguiu conceitos de valia em virtude daqueles conhecimentos de ordem diária. O direito de ação funda-se, efetivamente, na posse material; não pelas razões, que XARL EINERT lhe atribui, mas porque o direito de apresentar deriva da posse ou da tença aparência de posse, e as ações, que surgem, não são, propriamente , ações relativas a esse direito, *mas simples ações possessórias, ou, depois de apresentado o titulo, sem que se obtivesse pagamento,* ações *resultantes do malogrado exercido da pretensão.* Assim. Nem tOdas as ações se fundam na posse material, pois a ação de cobrança tem por fundamento, não só a posse, mas a *apresentação* . Se o portador cobrou sem ter *apresentado,* por qualquer meio legal > não constituiu em mora, senão do dia em que o subscritor teve ciência regular da *cobrança,* com a exibição, pois a pretensão somente nasce com a apresentação. A hipótese, que formulamos, é a da cláusula de pagamento à vista, a tempo certo de data e a dia certo. *Mutatts mutandis,* porém, para o outro caso (a tempo certo de vista).

A outra afirmativa de KnL EINERT, tanto pode ser admitida pelos seus adeptos como por outrem: é do rol das aquisições impessoais, que

resistem aos embates das teorias, desde que se considerem em si, desacompanhadas.

O adquirente do papel ao portador obtém, de certo, com a tomada da posse, não direito a ele transmitido, mas autônomo , próprio. Trata-se, pois, de aquisição originária, e não derivada. Por quê?

AI começa o vago das explicações e por isso mesmo o incerto, o vacilante e o infixável das teorias, contratualísticas ou unilateralisticas. A crítica que lhes temos feito não teve outro intento que o de colhêr, no desencontrado dos conceitos, a realidade perceptível; e, se é verdadeira a afirmativa de KARL EINERT, a explicação dele não serve, porque, se o direito é autônomo, próprio, a relação é *direta* entre subscritor e *portador* e rui, por entre contradições, a teoria. Para admitirmos que o direito se adquira *originária* e não *derivadamente* e, ao mesmo tempo, que a relação não seja direta, outro caminho não há que o de se examinar a relação em que é *devedor* o subscritor e a em que é *sujeito ativo* o portador. Duas relações diversas, inconfundíveis. Mas tal processo de investigação não é outro senão o seguido por nós: desvencilharmo-nos de todo o conceito de ser, para só nos ocuparmos com a análise das relações.

a) Na relação, é devedor o subscritor: a dívida nasceu «a declaração de vontade, *mais* o contacto com o *alter,* em virtude de lei federal, estadual ou municipal que regulou a emissão, ou de regras jurídicas de direito privado, que fazem vinculativa a promessa ao portador, desde que o título caia sob a posse de alguém, que, em relação ao subcritor, não seja de má fé.

b) Na relação, é sujeito ativo o portador, cujo direito deriva da lei, que atribuiu à posse tal efeito; em particular, à posse do título ao portador em forma regular prende-se a dívida, de que resulta o poder o portador apresentá-lo a fim de constituir o devedor, que é o subscritor, na obrigação, perante o apresentante, de lhe pagar o que se fixa no título, de acordo com o teor desse. Tem-se, aí, o porquê da afirmativa de KXRL EINERT: da posse nasce o direito. Tal direito não é coetâneo da posse desde que ela se iniciou, antes da tomada pelo atual portador, mas direito autônomo, originário, que advém a cada um da *sua* posse.

Se o possuidor de título inominado o entrega a outrem, mediante contrato de penhor, depósito, ou qualquer outra causa, pela qual se lhe tire a posse imediata, estabelece-se entre os figurantes relação jurídica, de que o título é apenas objeto. Aí, houve negócio jurídico sobrejacente. Não se trata do negócio jurídico do título ao portador. Se

quiséssemos ver no fato da *divida* cartular negócio jurídico bilateral entre o subscritor e o portador, qualquer que fOsse a interpretação que se desse a natureza de tal titular de crédito, teríamos a contradição inevitável, que emana das circunstâncias criadas pelo depósito e pelo penhor. ~Quem é o titular do crédito? t0 depositante ou o *r*

depositário? empenhante ou o credor pignoraticio? Se o depositante ou expenhante quer receber, não o pode, porque se lhe exige a apresentação do titulo ao portador. Ora, certo é que o pode o depositário, ou o credor pignoraticio, porque da sua posse imediata lhe advém a possibilidade de fato, pelo menos, de apresentar o título ao subscritor e de lhe pedir que lho pague.

Tudo levaria a crer-se, portanto, em que é o depositário ou o credor pignoratício o verdadeiro titular na relação jurídica de pretensão existente, *ex hypothesi,* entre alguém e o subscritor. Nada mais subversivo da ordem jurídica, do conjunto de relações jurídicas coexistentes: os títulos jurídicos, opostos, se ferem; o empenhante, que é dono, perante o credor pignoraticio, não consegue o ser perante o devedor, e no entanto na realidade *o é,* se *vineulum iuris* existe entre subscritor e alguém. O depositante, mesmamente. Mas o depositário e o credor pignoratício, que não têm a posse própria do titulo

ao portador, perante o depositante e o empenhante, podem, de fato, receber o *quod debetur* estipulado no título, ou transmitir a outrem, que lho compre, ou empenhá-lo, como se fôra seu. Estaríamos, pois, em plena devastação do mundo jurídico. Por quê? Pela razão□ única de termos admitido a existência de divida entre o subscritor e alguém que possua o título sem posse própria.

Temos, assim, que não se pode confundir com a relação jurídica *de divida* entre o subscritor e o *alter,* e com a relação jurídica *de obrigação* entre o subscritor e o *alter,* a legitimação a receber o quanto prometido no título ao portador. Tanto o titular do crédito como o titular da pretensão podem ser ignorados. A apresentação faz conhecido o possuidor imediato, ou, talvez, o simples tenedor, e nasce a pretensão, porém nasce a favor de quem seja o verdadeiro possuidor, titular do crédito, e, pois, em virtude da apresentação, mesmo se feita por outrem, titular da pretensão que nasceu com a apresentação.

De acOrdo com os princípios decorrentes da afirmação da existência da relação jurídica de divida e, depois, de obrigação, tudo se esclarece: porque o subscritor não é adstrito a somente pagar ao possuidor próprio, ele é o sujeito passivo na relação jurídica de divida e de obrigação procedente da declaração unilateral de vontade.

Transmigra, de mio em mão, a promessa dele, em virtude de poder, de situação, que inere ao titulo: o papel *vale,* porque nele se lançou a promessa, e o seu *valor,* objeto do penhor, difere do quanto da promessa, ou, pelo menos, pode diferir. O que o tem é titular do direito de apresentação, que é coessencial à tença ou à posse imediata,, que a contém, e pode, apresentando a cáflula, exercer a pretensão, reconhecida por lei a quem quer que a apresente. A divida tornou-se exigível *desde logo,* porque no documento se declarou que a exigibilidade dependeria da apresentação e que essa só se poderia efetuar *deade tal dia,* ou *dentro de certo período* .

O negócio jurídico entre depositante e depositário não altera a natureza da relação jurídica de dívida entre possuidor e subscritor, nem, tio-pouco, a futura relação jurídica de pretensão entre o subscritor e o apresentante.

Imperfeitamente explicado, parece anômalo aos escritores o fato de ceder à escrita o papel e valer mais a declaração que o substrato do documento. Esse materialismo jurídico não merece discussão: primeiro, porque é a idéia da coisa, e não a coisa em si, que interessa ao direito, ciência profundamente trabalhada pelas concepções filosóficas e *essencialmente humana,* para que pudesse livrar-se das tendências e convicções do espírito universal; segundo, porque é ínfimo o valor do papel e necessariamente menor que o da declaração, ainda nos casos de fichas de marfim, de prata, ou de ouro; terceiro, porque, se no direito romano *literae quo que, ticet aureae sint, perinde chartie ,ne,nbranis que cedunt,* no direito moderno perdeu a escrita O caráter de *acessório* e passou a ser *principal* ou incorporável em relação à matéria-prima que a recebe (Código Civil Brasileiro, art. 62, n. III; Código Civil alemão, § 950; F. BUNSEN, *Einfiihrung in das BiIrgerliche Gesetzbuch,* II, 97 s.; H. BUIIL, *Das Recht der beweglichen Sachen, 47* s.), e dá-se a especificação, como, em Roma, quanto à pintura. Nos títulos ao portador, tem-se de atender a que a lei fez depender da apresentação (que é da cártula com o escrito) o nascimento da pretensão <não necessariamente a favor da pessoa que a apresenta) e liberado o devedor que paga a quem apresentou o titulo. A importância da função da posse ou da própria taça resulta, ai, da natureza das coisas.

5. CONTEÚDO DO ÂRT. 1.505. Quando a lei civil declarou que o detentor *pode* reclamar o pagamento, se autorizado a dispor do titulo, deu ao verbo significado de faculdade jurídica, como se dissera *"pode juridicamente",* mas deixou em aberto os inúmeros casos de poder de fato, em que o detentor, *bona* ou *mala lide,* materialmente *poderá*

reclamar o pagamento, e recebê-lo, desonerando, com isso, o devedor.

A clareza talvez exigisse, em vez do *pode,* que é ambíguo, a expressão *tem direito;* porém ainda seria imperfeita, porque, em relação ao subscritor, qualquer pessoa, que o exiba, tem direito a exigir o adimplemento. E isso por uma razão simples:

não é a presunção de propriedade que confere ao portador o poder de apresentar o titulo ao subscritor e cobrar, é *r*

posse do titulo, que lhe dá (cf. C. SCKUMM, *Ne Amortisation,* 50 s. e 65).

Por agora vejamos a hipótese, que várias vezes ocorre na prática. Se alguém apresenta um titulo, confessando não ser o dono, mas procurador de outrem, ~ deve ser pago, ou diante das declarações do próprio apresentante mister se faz a procuração? ,,„Não seria a ciência do devedor obstáculo à sua faculdade de pagar ao portador, sem averiguações quanto ao direito de propriedade ou posse do papel? ,,Pode o apresentante confessar não ser, qualquer, procurador, e sim simples guarda de tais papéis, embora se lhe afigure, na ocasião, ser necessário receber o *quantum* mencionado no titulo? ~Que deve fazer o subscritor? ~,Negar-se ao pagamento, ou pagar?

Já PETRUS REPUEFUS <*CommefltcLria in Constituttones s. Ordinationes regias,* T. 1, Gloss, IX), no século XVI, dizia dever ser feito o pagamento, ainda que o apresentante se declarasse *nau dominus,* mas portador *no-mine creditoris.* E a razão que o velho jurista francês trouxe à balha parece-nos de grande porte: devia pagar, porque, se o não fizesse, *obraria contra direito,* pois que não lhe é possível, como a ninguém, presumir delituosa a posse. *Á presunção única é a de que o apresentante obteve a posse por meios licitas.* O crime não se presume.

Se uma ou duas pessoas se apresentassem, ao mesmo tempo que o exibente *namine creditoris,* não se lhe haveria de negar, a esse, a preferência, porque, na pior das hipóteses, estaria, bem que extrajudicialmente, levantada questão de posse, e seria de respeitar-se a *posse atual,* que é a do portador.

Logicamente, a presunção de ser legítima a obtenção impõe-se a olhos vistos: onde se quiser evitar o presumir-se criminosa a posse, ou haver-se por ilegítimo o mandato, ter-se-á de aceitar a presunção da legitimidade.

As conclusões do pós-glosador são verdadeiras; não assim algumas

premissas. O subscritor deve pagar a titulo ao portador, não porque esse se presuma proprietário do titulo, ou procurador do credor, mas sim porque no titulo se declara o pagamento ao portador, e o ladrão *não o é menos* do que o legitimo dono.

Apenas, se o titulo, como o nome do credor, traz a cláusula adicional *ao portador (ad dandum Titio creditori vel portitoro),* pode o subscritor, a que se apresentou o titulo, exigir que o apresentante *justifique* o seu direito ou preste caução.

Porque aí, sim, se presume dono aquele cujo nome figura no papel.

Só haveria um obstáculo ao pagamento, se o portador *confessasse* o roubo, o furto, a apropriação indébita. Ora, nesse caso, simultaneamente com a apresentação, cabe ao subscritor desagravar a sociedade e levar o criminoso à justiça. Há, porém, mais: se o apresentante confessou, não apresentou para fazer nascer a obrigação; apresentou, de fato, mas negando-se a si mesmo o direito de apresentação.

Já o holandês JODOCUS DAMHOUDER *(Praxis rerum cIVtlium,* cap. 97 e 33) advertia, no século XVI, não poder o subscritor (mas, apenas, o Fisco, ou o credor antecedente, *literarum pra prietarius* ou *cessionarius)* exigir do apresentante de um título ao portador, *qul schedulam obligatorioiflt affert, quae expresse hune articulum continet,* a prova da sua justa aquisição, porque *qui* eas *literas apud se habet totius rei et causae dominus est.*

As palavras do jurista holandês referiam-se à cláusula *veZ istarum literaruni portatori,* isto é, ao título a alguém *ao portador.* O Código Civil, art. 1.510, admite, porém, que o subscritor exija que, nos casos de título com o nome do credor e a cláusula ao portador, o apresentante se não fôr aquele, *justifique* o seu direito, ou preste caução.

Quem pode alegar a ilegitimidade é o portador anterior, primitivo ou simplesmente antecedente, não o subscritor, porque então importaria revogação da cláusula a exigência dele.

O emissor, ou subscritor, não como tal, mas na simples qualidade de cidadão, pode suscitar a ação da justiça criminal, ou, para usar do velho termo , de que se serviu JODOCUS DAMHOUDER, do Fisco. Como subscritor, ou emissor, nada pode e deve fazer senão pagar, e isso em virtude da cláusula aposta. que nem ao portador atual nem ao primitivo pode ser revogada ou de qualquer modo obstada pelo

subscritor *aden ut ipse principalis ea nec revacare nec ulia modo cantravenire potest.* Se o subscritor sabe que o portador não tem o poder de dispor, o que lhe incumbe é prová-lo à justiça, pois que sempre terá perante si um criminoso.

Como a *vtrtus probandi* de seus dados não será apreciada senão pela autoridade judiciária, a recusa de pagamento só se denúncia em termos. A questão toma, pois, outro caráter: o subscritor, ciente da má fé, *pode* recusar o pagamento, se tem provas e as faz em juízo. ~,E é *obrigado* a faze-las, de modo que o proprietário do título tenha ação de ressarcimento contra ele no caso de pagar ao portador que sabia não ser dono, nem ter o poder de dispor?

Sim, se foi intimado, na forma do art. 1.509, a não o fazer. Não, se até o momento não recebeu a intimação.

A fonte do art. 1.505 é o § „798 do Código Civil alemão. Na doutrina alemã, têm sido renhidas as lutas quanto à interpretação da regra jurídica, para solver a questão que ora suscitamos. Mas, mesmo ali, preponderou a opinião dos que vêem na permissão de recusar o pagamento *faculdade* de proteger os interesses do legítimo possuidor, correndo os perigos e os riscos contra o próprio subscritor. *Faculdade,* e não obrigação (G. PLANCE, E.

ENDEMANN, A. DURINCER eM. HACHENBURC Contra, PAUL OERTMANN e li. DERNEURO, que *r*

pretendeu ser obrigado o subscritor ao ressarcimento se paga ao portador que sabe não ter o direito de dispor do título, ou de exigir o pagamento).

É preciso advertir que os conceitos de *portador* e de *possuidor* não coincidem exatamente. De modo nenhum, a *fortiori,* os de *proprietário* e *portador.* Um servidor da posse pode ser o portador e, portanto, legitimado. RARL

KOBER (.7. v. *Staudin qers Kommentar,* J~, 2A parte, L~ e *5□ a* ed., 1954), exemplificou a não-coincidência dos conceitos de *possuidor* e de *portador:* o simples servidor da posse, conceito que mostra ser o de *portador* mais vasto que o de *possuidor;* e o possuidor, que *perdeu* o título, conceito que mostra ser o de *portador* menos vasto que o de *possuidor.*

§ 3.697. As duas relações e o direito intertemporal

1. PREMISSAS. Não se diga que fazer-se o crédito depender da posse do título inominado, podendo-se ignorar, na espécie, quem é o credor, permite, no lapso que vai da emissão à apresentação, que não se considere adquirido o direito e possam surgir os inconvenientes da aplicação de lei nova.

A objeção não resistiria ao confronto da lei com os termos da espécie. Consideram-se adquiridos, dizia a Introdução ao Código Civil, art. 3~O, § 1.0, "os direitos que o seu titular ou alguém por ele possa exercer". No Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 69, § 2.0, enuncia-se que se têm por adquiridos os direitos que o seu titular ou alguém por ele possa exercer.

No momento em que o título passa à mão de outrem, nasce o *direito de crédito* e,. vencido o crédito, *o direito de apresentar,* oriundo da posse. É direito que já então começa de existir, inatingível pelos efeitos retroativos de quaisquer leis, imune a variações legislativas como a revogações da declaração unilateral de vontade que fizera o devedor promitente.

Por outro lado, também o nascimento da obrigação não é só expectativa, mas conseqüência mediata da promessa e imediata do exercício mesmo do direito de apresentação, de que o portador do título, com o fato da posse, se fez titular, O receber não deriva *ex novo* da apresentação, e sim da apresentação (elemento de fato) em virtude do direito adquirido do portador e definitivo pela vincularidade .da promessa. No ato de apresentar não há simples *spes,* mas ato que faz nascer a pretensão. Exerce-se direito.

2. EsPÉCIEs. As relações entre os portadores do título meras questões de posse não oferecem nenhum embaraço à aplicação das leis novas, senão de acordo com os princípios

vulgares de direito intertemporal.

Se uma lei dava a reivindicação contra o possuidor de boa fé, e outra vem, que o não dá, o fato aquisitivo anterior à nova lei não pode ser molestado pela nova ordem jurídica.

Aconteceu, integralmente, na vigência da lei antiga. Mas, se o fato ocorre durante a nova lei, cessa o vigor da que regera o título, primitivamente.

Cumpre, porém, notar-se que o momento para se apreciar a perfeição do ato ou fato jurídico é o da *aquisição,* e não o da *perda* do título ao portador. Se A perdeu o título ao portador na vigência de uma lei, que

permitia a reivindicação, e B o adquire, de boa fé, durante o domínio de outra, que a proibe,o fato aquisit ivo fixa a irreivindicabilidade. Inversamente, se A perdeu o titulo ao portador na vigência de uma lei, que permite a reivindicação, essa é possível, porque se apagou ao direito de A o obstáculo que se lhe deparava.

A regra jurídica que contém proibição da declaração de não circulabilidade de um título ao portador (parada subitânea da circulação) ~constitui regra jurídica de incidência completa, ou os títulos anteriores escapam aos seus ditames? Pela primeira solução, o *Einffthrungsqesetz* alemão (Lei alemã de Introdução), art. 176.

(Alguns autores falam em retroatividade, mas não é isso o que se dá: os efeitos produzidos, antes da lei nova, pelos carimbos de "fora de curso", estão consumados; não os atinge a lei nova: os que eles ainda não produziram é que são atingidos. Coisa bem diferente. Aliás, essa falsa noção de retroatividade tivemos ensejo de verberá-la no *Tratado dos Testamentos,* a respeito de questões de direito intertemporal.) A lei que rege os pressupostos do negócio jurídico unilateral e, portanto, a entrada do negócio no mundo jurídico é a lei do dia em que ele se perfaz. A lei que rege a dívida ou a obrigação é a do tempo em que a dívida ou a obrigação *nasceu.* Por isso mesmo, o título ao portador do tempo A segue a lei do tempo A. Principalmente, são regidas pela lei do tempo A:

a)o conteúdo do título, a forma dele e a subscrição; *b)* a responsabilidade do subscritor, quando pôsto em circulação, contra sua vontade, o título ao portador. Mas a lei do tempo E rege: a)a reconstituição e substituição do título deteriorado, quando isso cabe; *b)* a suspensão do prazo de apresentação pela oposição ao pagamento, salvo se pagáveis à vista; *e)* a conversão.

r

As ações ao portador estão sujeitas aos mesmos princípios (E. AFEOLTER, *Das Intertemporale Recht,* II, 828, 380, nota 6).

O momento decisivo, diz-se, é o da subscrição, que consta do titulo (11. HABICHT, *lhe Einwirkung des Búrgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhaltnisse,* 8.~ ed., 326; F. AFFOLTER, *Das intertemporale Recht,* II, 827; A. NIEDNER, *Das Einhiihrungsgesetz,* 848) ; mas cumpre que se distinga, a *posteriori:*

a) Se o título estava ligado a emissão geral, anunciada, pública, e a emissão constitui, apenas, seqüência normal, a concepção orgânica do

fato jurídico aconselha a tratar-se como decisiva a subscrição.

b) Se o título é sem caráter público, ou foi subscrito para negócios futuros, a lei nova o apanha, porque lhe faltou o contacto com a ordem jurídica.

Quanto aos títulos de legitimação, a lei nova não os governa. A regra é a mesma, inclusive a respeito do processo de invalidação. O momento decisivo, porém, não é o da subscrição ou criação, mas o da emissão (II. HABICHT, *Die Emwirlcung,* 348; A. NIEDNER, *Das Einfiihrungsgesetz,* 855; E.AFEOLTER, *Das intertemporale Recht,* II, 330).

c)Quanto aos *cupões de juros* e quanto aos *cupões de rendas,* são relações jurídicas anexas (F. AFFOLTER, *Systern,* 164, 328), de modo que, ainda emitidos sob a lei nova, se submetem à lei da principal relação jurídica.

§ 3.698. Abstração dos títulos ao portador e apresentação

1. PRELIMINARES. Vimos que a dívida do subscritor, o direito de apresentar e a série de relações entre possuidores são inconfundíveis. No passivo do subscritor, pode inserir-se o débito, e no ativo dos possuidores, o valor do título, sem que exista, por isso, ligação entre o débito do subscritor e o valor do título, inserto no haver dos possuidores. O título ao portador é *abstrato.* A relação jurídica entre o possuidor e o subscritor independe de negócios jurídicos básicos, ou de outras relações jurídicas. Outrossim, os fatos, que se passam na série dos possuidores, são normalmente inatuantes quanto ao subscritor. Fatos de posse, suficientes ou não-suficientes à constituição ou traslação da propriedade, é como fatos de posse que têm de ser tratados.

A cártula exerce, nos títulos negociáveis, função tão importante, que muitos quiseram tudo explicar pelo que se denominou *incorporação.* Muitas vezes, a perda da cártula, ou a destruição tem por consequência a inexercitabilidade absoluta do direito. Trata-se de direito derivado da posse, ou, melhor, emanado dela, e, sem o objeto possuído, impossível é o exercício dele, tratando-se de direito, que é, por bem dizer, do próprio exercício.

2. DEFESA DO SUBSCRITOR. O subscritor fica devedor do que, no título, prometeu, ainda que a cártula tenha entrado em circulação sem ou contra a sua vontade. Ora, ao podador de boa fé, que lhe apresente

o título, não pode ele opor *exceções,* atinentes às outras pessoas em cujas mãos estêve e de cujas mãos, legal ou ilegalmente, saiu o titulo. É o que se denomina *principio da inoponibilidade das exceções relativas aos possuidores antecedentes.*

Portanto, o fato de ter sido anormal, ou, até, criminosa, a inicial apreensão do título, ou a sua circulação, de nenhum modo prejudica o *direito de apresentar.* Como o direito de apresentar é o elemento principal na futura relação jurídica obrigacional entre subscritor e portador e como tal direito nada tem com a posse de outros possuidores, ou com a própria origem da posse do apresentante, que não o houve do subscritor, a natureza e a função do título persistem invulneráveis. Podemos dizer que, na série dos possuidores, manchas da posse são suscetíveis de discussão e de relêvo, ao passo que, quanto ao direito de apresentar, uma vez que o subscritor se libera com pagar a quem quer que apresente o titulo, em cada mão tal direito surge, autônomo, e não pode o subscritor, sem aberrar do seu papel, discutir e procurar apontar manchas da posse. Estaria a investir-se de verdadeira função judicial no policiamento de um papel, em cuja circulação seria, pela natureza da relação jurídica de dívida, que é de origem negocial unilateral, intrusa a sua vontade e impertinente a sua crítica.

8. IMPESQUISABILmADE DA ORIGEM E DA LEGITIMIDADE DA POSSE. Para bem vermos o traço específico, que é, nos títulos ao portador, essa invisibilidade das manchas da posse por parte do subscritor, ainda que visíveis para os diferentes termos da série dos possuidores, convém ter-se em vista o que se passa com os títulos nominativos e à ordem. Nesses, se nominativos, deve o subscritor, não só indagar, mas apurar a *identidade do inscrito no titulo,* a *regularidade da transmissão* e a *identidade daquele em favor de quem foi transmitido o título.* Se à ordem, deverá conferir os endossos e verificar a ordem e obediência deles às regras jurídicas de forma e outros pressupostos necessários. Precisamente ai é que se cava, entre os *títulos de crédito,* o fôsso distintivo para além do qual estão os títulos ao portador. Nos casos de perda e furto dos títulos à ordem, ocorre que a amortização *r*

se pareça com a que se dá em relação aos

títulos ao portador. O titulo endossado em branco faz-se, pelo menos temporàriamente, título ao portador.

Nos próprios títulos nominativos, existe, com parecenças, o processo de amortização. Se descermos ao fundo do problema, vemos a

singularidade do título inominado.

Na série dos possuidores é que as manchas da posse podem ser discutidas e apontadas. Vale dizer: o art. 1.509 do Código Civil nada tem com o subscritor. Em tal texto, o Código Civil acentuou a independência da relação entre o primeiro e o segundo portador, ou entre quaisquer outros da série, quanto à relação jurídica inicial oriunda da subscrição de um título que vai ao público, e quanto à outra, a que se formará, em dado momento, que é aquele da apresentação do título. Momento ordinâriamente incerto, porque vai do vencimento ao dia último do prazo de apresentação, ou da prescrição, porém que pode ser certo, ou não ser nunca, no título em que se diga "entrada para a festa do dia 15, às 3 horas", ou noutro de igual teor.

Os arts. 1.505-1.508 do Código Civil interessam, de perto, ao subscritor. Feito o título e pôsto em contacto com o *alter,* O subscritor é devedor, ainda que o título tenha entrado em circulação sem ou contra o seu querer (art.

1.506). Só é obrigado a pagar à vista do titulo *(necessariedade da apresentação),* e fica exonerado, pagando a qualquer detentor, esteja, ou não , autorizado a dispor do titulo *(suficiência da. apresentação)*. Contudo, tal subscritor pode ter diante de si: a) alguém, em relação & ele, de má fé, e tal situação elide a proteção da lei que, por sua função social, não poderia criar a divida em favor do ladrão ou de qualquer pessoa em semelhante circunstância para com o subscritor; *b)* portador de boa fé, contra o qual somente poderá opor defesas *objetivas* (nulidade interna e externa do titulo), ou defesas *subjetivas,* quando nascidas de direito do emissor, ou do subscritor, contra o portador. É a matéria do ad. 1.507.

4.LEGITIMAÇÃO Á REcEBER. No art. 1.505, 13 parte, foi dito que o detentor de um titulo ao portador, quando dele autorizado a dispor pode reclamar do respectivo subscritor, ou emissor, a prestação devida. Tal regra jurídica pertence à relação de posse em que é titular o portador. Nada mais se disse do que qualquer possuidor, quem quer que tenha poder

fáctico, ou quem *tenha* o titulo, o *tenedor,* é titular do *direita de apresentação,* porque o direito de apresentação só supõe a posse. Nem é possível dizer-se que o poder de receber seja *con.seqüência* somente da posse.

Consequência de um fato é outro fato que consegue ao fato. Ora, apresentar pode quem tem em mãos o título; portanto, ser podador é ser alguém que leva, que exibe, que apresenta. Na espécie, o título confere a tal fato da apresentação o efeito, a conseqüência , de formar a pretensão. A pretensão, sim, nasce, consegue à apresentação, dela deriva; dela, anterior e causa, é consequência.

Aqui, temos de apontar diferença sutil: a) quem tem a posse credor é, pôsto que seja possível entre pessoas que se dizem com direito à posse discussão sobre esse (quem vai vencer, ao certo não se sabe; portanto, incluído o subscritor)

b) a posse permite a apresentação, porém o subscritor tem de tratar como se possuidor fosse quem apresenta o titulo, inclusive o simples tenedor.

5. POSSE, TENÇA E APRESENTAÇÃO. Inquirir da relação lógica ou material entre a posse ,e o direito de apresentar é querer ver duas coisas onde só há uma, mostrar principal e acessório onde só há fato e atributo. A atenção, que dermos

a esse caráter meramente atributivo do *jus exhibendí,* também nos livrará da porfiosa investigação inútil da posse que haveria de conferir tal direito. Desde que se trata de atributo, cumpre reduzir o problema a proporçoes de questões infantis: ~ das posses, qual é aquela que em si contém o poder de apresentação? Muito simples, a despeito dos séculos de minuciosas discussões. Hoje, a resposta é clara e quase ingênua: a posse ou a aparência de posse do que tem em mão o título. Portanto, a posse do proprietário que o leva, no bôlso, e também a do não-proprietário, talvez o ladrão, que houve, de algum possuidor, o titulo, a do achador do titulo ao portador já em circulação, o mandatário, o depositário, o tutor, o curador, o filho que abusou da confiança do pai. Isso, em relação ao subscritor.

Em relação aos que têm direito sobre a cártula, de modo nenhum. AI, somente pode apresentar, somente tem direito de apresentação, quem pode dispor do título. Porque apresentar e receber o quanto ou o objeto prometido é dispor.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. A regra é que seja promessa abstrata o título ao portador. Não se inquire, ordinâriamente, da causa.

r

Por isso, nada obsta a que o próprio subscritor ou emissor o escreva nos seus livros, quando ele passar, como algo de dívida ativa, sem se caracterizar a confusão. Em todo o caso, na ocasião da abertura da falência, os títulos ao portador que estavam no cofre, isto é, no patrimônio do falido subscritor, reputam-se sujeitos aos princípios da confusão, ainda que, no caso de mais de um devedor, só em parte (CARL CROME, *Syst em,* 1, 989 nota lo).

O Código Civil, art. 1.505, não se aplica aos títulos ao portador cujo conteúdo consista em outro direito que o de obrigação, como se dá com as ações de sócios (K. KOBER, Recht der Schuldverhãltnisse, *J. von Staudingers Komment ar,* II, 2.~ parte, 73-S.~ ed., 1590).

Mas, quando caiba aplicá-lo, é indiferente qual seja a prestação, a que se refere o título ao portador. Não é preciso que se trate de dinheiro. Pode consistir noutra coisa o que se promete na cédula.

Até aqui falamos da natureza dos títulos ao portador. O art. 1.505 deu-nos ensejo para melhor caracterizarmos o instituto e desenvolver-lhe 05 próprios princípios informativos.

Vimos que há fatos diversos, inconfundíveis, na existência dos títulos ao portador.

Ligação natural com a matéria estudada até aqui e com o art. 1.505 do Código Civil, têm os arts. 1.506-1.508, que ainda cogitam da situação jurídica do subscritor ou emissor. Já o art. 1.509 concerne à *vida circulatório do titulo ao portador,* e O art. 1.510 se refere aos títulos nominativos com cláusula ao portador.

O ad. 1.511 remete às leis federais no tocante aos títulos ao portador de quantia ceda em dinheiro.

O subscritor ou emissor só é obrigado a pagar à vista do titulo (ad. 1.508); mas subsiste a sua obrigação, ainda quando o titulo tenha entrado em circulação sem ou contra a sua vontade (ad. 1.506).

Essa, e não a que tem o Código Civil, seria a ordem melhor para os arts. 1.506-1.508.

§ 3.699. Obrigação do subscritor ou emissor

1. ENTRADA EM CIRCULAÇÃO CONTRA A VONTADE DO SUBSCRITOR. Lê-se no art. 1.506 do Código Civil: “A obrigação do

emissor subsiste, ainda que o titulo tenha entrado em circulação contra a sua vontade".

Relembremos, antes de tudo, a elaboração da lei, em suas mutações dentro e fora do Congresso Nacional. Dizia o Projeto primitivo, art. 1.625: "A obrigação do emissor subsiste, ainda que o título tenha entrado em circulação, sem a sua vontade". Iniciou-se, na Comissão do Govêrno, extracongressual, a variação de forma (Projeto revisto, art. 1.791: "A obrigação do emissor subsiste, ainda que o título tenha entrado em circula~ão contra sua vontade").

Até a adoção do projeto, em 1902, nada se alterou <*Trabalhos,* VII, 188, e VIII, 224) apenas se variou de numeração (art. 1.534 da redação final; art. 1.511 do Projeto adotado). Escapou à rasoura do Senado, e conservou-se incólume até o texto legal. Temos, pois, raro exemplo de artigo sem história.

A regra jurídica brasileira não coincide com a alemã, embora, na aplicação, aquela seja parte dessa. Estatui o §

794 do Código Civil alemão, diferentemente do art. 1.506 do Código Civil brasileiro: "O emitente (Aussteller) é obrigado em virtude de um titulo ao portador, ainda quando lhe tenha sido furtado, ou se o perdera, ou se foi pôsto em circulação sem sua vontade. Quanto à eficácia, uma obrigação ao portador não é sem valia, se o título foi pôsto em circulação (ausgegeben wird) quando o emitente já era falecido ou incapaz". A expressão "verpflichtet" é ambígua. Tanto na lei alemã como na lei brasileira, acertado fôra dizer-se que o subscritor (não o emissor, pois no caso de furto ou perda o subscritor não emitiu) "deve", mesmo se o título entrou em circulação sem ou contra a vontade do subscritor. "Aussteller", emissor, está em sentido de subscritor, o que é chocante.

2.QUE TEORIA ADOTA O CÓDIGO Cívil.~, Ar. 1.506. Deve ser interpretado o ad. 1.506 em sua intima correspondência com a regra jurídica seguinte (art. 1.507). Ambos concernem à relação jurídica, bem que diferentes, uma entre subscritor e portador, e a outra, entre aquele e o apresentante, que é, de ordinário, a quem se opõem defesas. ç possível que se configure a situação de ter-se de defender ou excepcionar (em sentido largo) o subscritor antes da apresentação, como se o portador propôs *ação declaratória da relação juridica de divida,* ou *medida cautelar,* antes do vencimento do título ao portador.

No art. 1.506 decisivamente se estatui que a dívida do subscritor

subsiste, ainda que o título tenha entrado em circulação contra sua vontade. Déle não se pode tirar que o ladrão e o possuidor de má fé seriam credores, ou, conforme a mais própria designação, titulares do direito. Isso seria interpretar com os sós recursos literais o art.

1.506. Não só é outro o sistema da lei civil, como também o art. 1.507 tudo desnubla:

"Ao portador de boa fé, o subscritor, ou emissor, não poderá opor outra defesa ; o quê vale dizer, a *contrario sen.su:*

ao subscritor permitem-se quaisquer defesas que se possam opor ao possuidor de má fé. Assim também no direito alemão (cf. II. DERNBURC, *Das B"iirgerliche Recht,* II, *1,* 882). Completemos, porém, o pensamento de 1-1.

DERNBURC: adquiriu do ladrão, ou de outrem, sucessor do ladrão, sabendo que o título fôra pôsto em circulação *r*

contra a vontade do subscritor. Aí o essencial é a *má fé.*

Não se precisa advertir que se trata de ciência da *emissão involuntária* (expressão em que se fala de emitir como se o verbo pudesse ter como sujeito o próprio titulo), e não de qualquer outro vício, que interesse, não. ao subscritor, mas a terceiros. Só se lhe permite *defesa* ou *exceção,* e não *defesa* ou *exceção* que se refira ou caiba a outrem.

Ao subscritor, cujo título não foi pôsto em circulação contra sua vontade, só é permitido recusar pagamento, depois de intimado judicialmente. O Código Civil alemão estabelece, no § 798, que o portador pode reclamar a prestação, salvo se não tem direito de dispor do título. Mas a fórmula, não somente foi atacada, como também dela se tirou a conclusão de que o subscritor pode opor a má fé e assumir o ônus da prova, na defesa dos direitos do verdadeiro proprietário (G. PLANCK, F. ENDEMANN, A. DÚRINCER e M. HACHENBURO), embora haja quem faça obrigado a ressarcimento o subscritor, se sabia estar o portador do título privado do direito de exigir (H. DERNEURO e PAUL OERTMANN).

Mas não só se trata de interpretações perigosas, como também inadequadas ao direito brasileiro que, se inseriu no art. 1.505 as regras jurídicas do Código Civil alemão, § 793, tem no art. 1.509 processo para se impedir o pagamento ao detentor ilegítimo. Outro, e melhor, é o sistema jurídico brasileiro. O subscritor, para recusar o pagamento, tem de levar o portador à justiça. Não se compreende que

pudesse alegar o f lagxante do crime, ou da tentativa, e não providenciar de acôrdo com as leis.

O portador pode apresentar o título e a apresentação tem a eficácia de produzir a pretensão, cujo titular pode não ser o apresentante. Desde esse momento o signatário do título ao portador é obrigado a pagar ao apresentante.

Se o apresentante foi o ladrão do título, que se achava em mãos do subscritor, não há o vínculo, não porque o dolo vicie a vontade e, se é razão de nulidade de ato jurídico (art. 92), *a fortiori* invalidaria, *a.b initio,* a vontade, não permitindo a formação do vínculo, mas sim porque a lei somente faz *vinculativa* a promessa unilateral desde o momento em que se inicia o contacto com o *alter* de boa fé. A dívida derivaria da posse, e o ladrão não a tem em relação ao subscritor; nem a tem o que adquiriu a coisa, sabendo que era furtada (Código Civil, art. 504). Ai, todavia, não estão compreendidas todas as espécies. Pode o título ser pôsto em circulação contra a vontade do subscritor, embora sem o ser por furto ou roubo. Há o abuso de confiança, a perda, o êrro na entrega de documentos.

(O art. 521 do Código Civil não protege o subscritor.

Provê apenas à defesa petitória dos possuidores de títulos.

E não se refere a Me, porque o art. 1.507 só assegurou ao signatário de títulos a defesa contra os portadores de má fé, e o ad. 521, como se viu, é vindicatória de maior abrangência.) Assim, pois, não interessa ao trato do art. 1.506

a distinção entre furto e abuso de confiança, ou perda ou estelionato, de que foi vítima o subscritor, porque a situação dele só se modifica de conformidade com a boa ou má fé dos portadores. Indistintamente, em relação ao subscritor, em todos os casos (roubo, furto, abuso de confiança), a má fé existe de parte do autor do delito ou do terceiro ciente.

3. FUNDAMENTO DA REGRA JURíDICA DO Código CIVIL, ART. 1.506. Em muitos contratos, a eficácia depende de simples fato: de um lado, no momento em que se completa e se estabelece a relação jurídica definitiva, somente se realiza um ato voluntário ou involuntário.

Basta pensarmos em certas hipóteses de contrato condicionado ou de conclusão protraída (Código Civil, arts.

1084 e 1.086), em que simples fatos o não chegar a tempo a recusa, não ser expedida a aceitação, o não chegar a retratação antes da aceitação (art. 1.085) perfazem juridicamente o efeito especifico do direito, que é o *vineulum turts.* As declarações unilaterais de vontade (promessa ao público, subscrição de título ao portador, venda em mostradores ou em escaparates), fornecem exemplos interessantes. Muitas vezes as ações não foram, sequer, queridas, e obrigam.

F.AFFOLTER *(lias intertemporale Recht,* II, 88) pôs em relêvo tais fatos pessoais, como o nascimento e a morte, e reais, como o dano causado por animais. Temos nos títulos ao portador exemplo típico: a vontade do subscritor é o único ato declarado até o momento da vincularidade do titulo ao portador, e esse momento começa, como sabemos, da posse por outrem (pelo *alter).* Tal como o tocar ou o ferir a alguém, que não o agente. Sobre não ficar dúvida da bilateralidade, pois que o corpo social foi atingido, no *alter,* na pessoa, fôrça social que se particulariza, como dizia JAMES MARK BALDWIN *(Jnterprétation sociale et morde des Principes du Développeinent mental,* trad. de DUPRAT, 440) avulta o fato de não se exigir do portador, em quem se opera a *candido iuri.s* da posse, o ter havido diretamente o título, o que afasta a concepção da necessidade de vinculo jurídico inicial entre subscritor e possuidores, qualquer que seja a feição assumida pela teoria. Vínculo é eficácia.

O negócio jurídico unilateral existe desde a subscrição. Antes do contacto com o *alter,* ainda não vinculou.

r

Nas relações entre subscritores e apresentantes quaisquer vícios são inimputáveis ao portador de boa fé.

De modo que ao portador de boa fé somente se podem opor as objeções e exceções fundadas em nulidade interna do título ou em ineficácia ou encobrimento de eficácia *(e.* g., incapacidade do subscritor, prescrição), em nulidade externa (falsificação do título ou da assinatura do subscritor), ou em direito pessoal ao emissor, ou subscritor, contra o apresentante *(e.* g., compensação, abatimento prévio, pagamento parcial).

Ao portador de má *fé* pode ele recusar o pagamento se alega, por exemplo: a) roubo, furto, subtração, abuso de confiança; *b)* falsificação do título e as mais exceções oponíveis a qualquer portador; e) todo e qualquer ato ou omissão do portador que elida a

dívida, ou evidencie a inexistência dela.

Sugerem-nos exame rápido das vantagens e desvantagens sociais e econômicas dos títulos ao portador as considerações que acabamos de fazer.

Quem subscreve título ao portador, mais fácilmente o coloca ou desconta. Há mesmo maior procura de títulos inominados do que dos outros. Não só: pode o subscritor assinar dezenas, centenas e milhares, sem que tenha de saber quem há de tomá-los.

Não há dúvida que aí está duas reais vantagens de tais papéis negociáveis. Todavia, por isso mesmo que se nâo nomeia o tomador, crescem os inconvenientes eventuais dos roubos, dos furtos, das perdas e dos desvios por abuso de confiança, antes de emitidos pelo subscritor, pelo representante, pelo órgão, ou pelo núncio. Por outro lado, tudo que é fàcilimente negociável incita à negociação e concorre para as dilapídações assim das fortunas herdadas e dos patrimônios quantiosos como das próprias reservas de pequenas economias.

Quem possui apólices ao portador mais pronta e reiterada-mente as vende do que quem tem dinheiros empregados em propriedades territoriais, rurais ou urbanas, ou mesmo em apólices nominativas.

Aqueles são propulsores de *instabilidade;* esses, de *estabilidade.* Não há negar constituam os dois fatos apontados graves inconvenientes denominação dos títulos. Ainda mais: no plano do direito fiscal, com a inversão dos capitais em títulos ao portador mais fâcilmente se frauda a dívida de impôsto de renda.

A cada fase histórica corresponde sistema próprio de economia e de consolidação e decomposição das fortunas.

Mais dissolventes do que asseguradores do patrimônio, operam os títulos de crédito como elementos de desagregação das grandes heranças e dos grandes cabedais acumulados e estáveis.

Antes (e a época correspondente, no Brasil, é a que acaba nos últimos anos do Império) quase exclusivamente de imóveis se compunham os haveres individuais. Com o surto das companhias e das indústrias, instaurou-se nova ordem de coisas. Em vez da apólice nominativa, que era o título de crédito vizinho do imóvel, querem-se as apólices ao portador; em vez das grandes propriedades fundiárias, rurais ou urbanas, preferem-se as ações de companhias, os empréstimos comerciais, inclusive e principalmente as debêntures e os mútuos com juros altos.

Em vez da exploração direta, com a vida medíocre ou rudimentar da roça, a pura aplicação capitalista lança as garras de descalracho, com profundas raízes de parasítismo.

No Brasil, a antecedentes históricos dignos de louvores e ufania, que empederníram nos centros agrícolas milhares de famílias de antiga têmpera e hábitos nacionais, deve-se a continuidade do patrimônio rural, com os seus providos efeitos sociológicos: a) sentença da tradição nacional e respectiva reação ao cosmopolitismo litorâneo; *b)* seguimento e progresso ininterrupto da produção específica (café, açúcar, criação), com a vantagem de se concorrer para a estabilidade econômica e financeira; e) prudente utilização dos títulos de crédito.

Vendem-se fàcilmente títulos; dificilmente, bens imóveis, com as exigências jurídicas para a transferência, impostos de transmissão, empecilhos à variabilidade subjetiva da fortuna rural.

Se precisa de dinheiro o proprietário de indústrias, usinas, fazendas ou sítios, recorre a empréstimos, mercê do crédito pessoal, ou real. Não se dá o mesmo quanto aos títulos: se é mister dinheiro, numerário, outra nenhuma solução é melhor que a venda do título, não somente pela simplicidade da operação, como porque raramente a taxa do empréstimo é muito inferior à dos juros fixos ou dividendos normais dos títulos.

Do que dissemos resulta: a) que o imóvel e a ação nominativa, a apólice nominativa e o título nominativo são os bens preferidos pelas gentes prudentes e conservadoras; *b)* que o titulo ao portador e os títulos à ordem são os bens estimados pelas pessoas de vida intensa ou aventurosa.

Quanto ao homem de hábitos cautelosos: subscritor de títulos nominativos, é-lhe quase nenhum o perigo de subtração, perda, furto ou roubo antes da emissão; portador de tais títulos ser-lhe-á fácil reavê-los, ou providenciar quanto à substituição ou pagamento deles.

Quanto ao de vida intensa e audaz: subscritor de títulos ao portador, mais fácilmente consegue colocá-los; portador, com eles move capitais, especula, joga, ora os tem em grande porção, ora os aliena em massa.

4. ~ VITÓRIA DA TEORIA DA CRIAÇÃO ? Alguns escritores quiseram ver no § 794 do Código Civil alemão *r*

a vitória total, definitiva, da teoria da criação. Um deles, li. DERNEURO *(Das Rúrgerliche Reoht,* II, *1,* 382), tão rigorosamente pretendeu assentá-la, que, por muito pouco, não resvalou no absolutismo unilateral de li. SIEGEL:

"A subscrição de títulos constitui negócio estritamente unilateral. Não pertence aos nego-tios que precisam de recepção (zu den sog. empfangsbedurtigen Rechtsgeschãften). Tira-se daí a seguinte conclusão: N redige títulos ao portador no valor de quinhentos mil marcos, põe trezentos mil em circulação; duzentos mil, não os emitiu ainda. Incorre em concurso. Pertencem à massa os duzentos mil? ~ Tem ela, no caso de existir garantia para os quinhentos mil marcos, direito de quota contra os não garantidos?" Só a teoria da criação, acrescentaram outros, o poderia admitir; e admiti-lo importaria aceitar a teoria, porque se não poderia conceber principio que não produzisse consequências imediatas em todos os casos.

É preciso não nos deixarmos seduzir pela explicação, porque, se a solução fosse certa, não nos satisfariam os argumentos. Se alguma sociedade anônima subscreve duzentos milhões de cruzeiros de títulos ao portador (debêntures), dos quais somente cem milhões são emitidos, na falência tem-se de considerar todo o quanto, porque já então eram negócios jurídicos perfeitos, o negócio foi a subscrição total de duzentos milhões de cruzeiros, e não a emissão parcial. A verificação das debêntures, para classificação creditória, não inclui no ativo, porque seja ela credora, mas por simples expediente prático na soma e fixação aritmética das quotas com direitos reais. A entrada dos títulos não emitidos no cômputo das debêntures não procede da vincularidade ante-emissão dos mesmos títulos, mas da unidade de garantia a empréstimo, divisível quanto a seus tomadores e incindível quanto à segurança hipotecária. Cada portador de titulo tem direito a 1/2% do fundo garantidor. Essa realidade, triplicemente inconteste, natural, lógica e matemática, afasta, ~em dúvida, a explicação da representação da massa no rateio. O mesmo sucederia, se o subscritor, em vez de guardar os títulos no valor de cem milhões de cruzeiros, os destruísse.

5.MOMENTO DA EMISSÃO E VONTADE DO SUBSCRITOR.

O título pode sair das mãos do subscritor, sem sua vontade, antes ou depois de amortizado" (= pago).

Alguns autores sustentam que, em caso de pagamento, a oposição do Código Civil, art. 1.509, será inútil, assim como o aviso à Câmara

Sindical. Alegam que os estabelecimentos devedores inserem nos jornais anúncios legais dos números dos títulos amortizados (= pagos), e deve reputar-se conhecido de todos esse fato. Os exemplares passam a ser bem fora de comércio. A negociação na bôlsa é nenhuma, porque concerne a títulos não existentes.

Assim, pois, não senda concebível a circulação, supérfluo se lhes afigura o tomarem-se as providências do art.

1.509 do Código Civil e do art. 841 do Código de Processo Civil, ou da Lei n. 149-B, de 20 de julho de 1898, art.

15, que só se reportam a títulos de valor jurídico e, como tais, circuláveis.

Os argumentos são dignos de menção, mas pensamos que a razão não está do lado dos que de tal modo opinam.

Primeiro, não há lei que obrigue o aviso do pagamento, nem que lhe dê efeitos de notificação pública; nem, tão-pouco, o título ao portador pago fica, necessAriamente, bem extra-comércio.

Segundo e o argumento é de GABRIEL BENEZECE *(Guide pratique en. cas de Perte ou de Vol de Titres au porteur,* 16) suponhamos que se remetem a intermediário ou .a banqueiro, para os negociar, títulos pagos, ditos amortizados, que tenham sido perdidos ou furtados. O primeiro cuidado do destinatário há de ser o de percorrer a lista dos títulos feridos de oposição e não encontrará aquele de que se trata.

Tudo indica que o subscritor, a que se furtou, ou que perdeu título ao portador, antes de emitir, ou depois de pago ou recolhido (como ao vulgar se diz), deve empregar os mesmos processos que os portadores, *mutatis mutandis.*

O que se lhe não concede é a medida especial do art. 521 do Código Civil, isto é, a ação vindicatória de posse.

Tudo mais lhe é permitido. Contra ele há argumento decisivo: a boa fé do adquirente.

§ 3.700. Saida do título após a morte ou superveniente incapacidade do subscritor 1.CONTEÚDO DO ART. 1.506 DO CÓDIGO CIVIL. O art. 1.506

do Código Civil reproduz a 1.~ alínea do § 794 do Código Civil alemão. Mas, a 2.8 alínea, não a inseriu o Código Civil brasileiro. Diz a lei alemã: obrigação ao portador não é sem eficácia quando tenha sido posta em circulação após a morte ou incapacidade superveniente do subscritor (§ 794, alínea 2.~:

"Auf die Wirksamkeit einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ist es ohne Einfluss, wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschãftsunfãhig geworden ist").

Pergunta-se: ~ como se resolve, no direito brasileiro, a espécie prevista pelo § 794, alínea 2.¶ do Código Civil alemão?

A declaração unilateral de vontade vincula a quem a fez, desde que alcance o que nós dizemos, recorrendo a analogia, a ambiência sócio-jurídica. Antes de cair no mundo das relações humanas, antes de tocar os interesses *r*

do *alter,* pode o subscritor, a seu inteiro arbítrio, inutilizar, ou não, o instrumento escrito.

O contrato, que escrevi e assinei, a fim de que outrem, oportunamente, assinasse, não está perfeito, porque pode ainda não ser assinado. Na declaração unilateral de vontade, é o contacto com o *alter* que dá, segundo a lei, a vincularidade. O negócio jurídico unilateral, esse, ficou perfeito com a assinatura.

A vontade, expressa em negócio jurídico perfeito, passou as raias da psicologia e penetrou o mundo social. De dois modos pode a vontade suscitar a eficácia jurídica, com o entrar no ambiente comum:: haver outra vontade (aceitação), ou a deduração unilateral de vontade compor, de si só, negócio juridico e produzir a vinculação. Ai fica evidente que a declaração unilateral de vontade, como ato gerador de divida, é fato da vida. O que se faz mister é explicá-la sem se excluir o *jus et obligatio sunt corre lata,* que está, coessencialmente, em todas as relações jurídicas.

(O *jus et obligatio sunt correlata,* no sentido que lhe damos. Porque o sentido vulgar, o que exige .a bilateralidade entre pessoas que declararam, bilateralmente, vontade, não consulta os fatos da vida social. Sirva de exemplo o fracasso, quando se procura explicar a categoria jurídica do *modus,* no caso, *e. g.,* de encargo testamentário a favor de cão.)

2.MORTE 00 SUBSCRITOR E POSTERIOR CONTACTO DO TITULO AO

PORTADOR COM O “ALTER”.

Morto o subscritor, pode o título ao portador ir parar às mãos de outrem, que seja terceiro (r que não seja herdeiro, legatário ou inventariante, ou comuneiro). A eficácia começou com a posse por pessoa que esteja de boa fé. Os sucessores do subscritor têm a mesma possibilidade de defesa que- o subscritor, vivo, teria.

O titulo ao portador, subscrito, como fôra, era negócio jurídico unilateral *perfeito* e só lhe era preciso a posse por outrem para que se lhe irradiasse a eficácia (= nascesse a relação jurídica de dívida).

8.CAPACIDADE DO SUBSCRITOR. No momento em que a pessoa subscreve o título, firma, de modo inequívoco, a *declaração de vontade.* É então que se há de apurar a capacidade do agente, isto é, a sua aptidão de querer juridicamente. Como a capacidade é o *quod pterumque fit,* por decorrer da situação normal da personalidade, a investigação tem de partir da presunção de ser capaz o agente. A prova da negativa incumbe a quem alega a impossibilidade de validamente querer. AI se incluem, não só os casos de incapacidade própriamente dita, quais a loucura, a surdó-mudez em grau incompatível com a expressão, a interdição por prodigalidade e a menoridade, como as hipóteses de incapacidade de dispor, qual a falta de requisito formal, ou proibição legal de alienar ou assumir obrigações (ERNE5T HUFFCUT, *The Law of Negotiable Instruments,* 872:

..... When the maker belongs to a class of persons who are ordinarily, and as a general rule, on grounds of public policy, held incompetent to contract at alI, such as infants, married wonien, alien enemies, and insane persons including spendthrifts and others under guardianship, who have been by some statute declared incompetent to contract‟j.

Quem não pode contratar não pode obrigar-se unilateral-mente: e entre aqueles a quem se não permite contratar põem-se os súditos de nações inimigas *(e.* g., quanto à Primeira Guerra MundIal, Lei n. 3.398, de 16 de novembro de 1917, arts. 2.0 e 8?; Dec. n. 12.740, de 7 de dezembro de 1917, que resolveu fossem executadas, à proporção que se tornassem necessárias, as providências constantes dos arts. 2.0 e seguintes da referida lei; quanto à Segunda Guerra Mundial, Decretos-leis n. 4.166, de 11 de março de 1942, e n. 4.807, de 7 de outubro de 1942, Resoluções n. 65 da Comissão de Defesa Econômica, de 10 de maio de 1943, e n. 68, de 26 de maio de 1943, etc.).

Feita a prova da incapacidade, julga-se nulo ou anulado o ato jurídico

(Código Civil, arts. 145 e 147), salvo, para os atos anuláveis, se há ratificação (art. 148>. A solução dos casos especiais, no que concerne ao título ao portador, não é tão fácil como à primeira vista parece. A diversidade de situações e o conflito de interesses, dignos de proteção, tornam necessário maior exame.

São absolutamente incapazes: os menores de dezesseis anos, os loucos, os surdos-mudos, que não puderem expressar a sua vontade, e, por impossibilidade conceptual, os ausentes, declarados tais por ato do juiz (Código Civil, arts. 5.~ e 145).

O título subscrito por um louco é nulo, O momento genético da declaração unilateral de vontade é o da subscrição, mas, se cessa a incapacidade e o subscritor, curado, emite o titulo, esse não é nulo, salvo se a data coincide com algum momento em que havia interdição. O ato volitivo torna-se perfeito, com a implícita recognição que lhe insufla a vida que lhe faltava. Isso não pode levar a dizer-se que houve ratificação (nulo não se ratifica), O que se dá é que se tem o ato de quem se tornou capaz como outro ato de subscrição, uma vez que a data não afasta pensar-se nessa subscrição posterior inclusa na emissão.

Diferentes foram as opiniões quanto ao momento para se apreciar a *capacidade do subscritor.* Cada jurista fixava o modo de ver conforme a teoria a que se lhe subordinaram as idéias sobre a natureza do titulo: *r*

(a) No momento da conclusão do contrato *(e. g.,* LEvIN GOLDSCHMIDT e ALBERT WAHL>. É a solução a que chegaram, necessariamente , os adeptos da teoria contratualistica.

(b) No momento da chegada do titulo ao destinatário. Mera variante da anterior, defendeu-a CEsARE VIVANTE

(Trattato di Diritto commercia.le, III, 3.~ ed., 180), porque: a doutrina dos títulos de crédito não alcançou excetuar, como talvez se pretenda, as regras jurídicas ditadas para a defesa dos incapazes (razões de ordem pública), de modo que se tem de remontar ao vinculo fundamental, a fim de se encontrar um ponto de apoio em que se firme o princípio de capacidade.

(c) No dia da subscrição, ou na data indicada no texto (J. E. KUNTZE e H. SIEGEL). Partem os que assim pensam da analogia (?) com a espécie da L. 7, § 1, D., *de senatoribus,* 1, 9, onde se recorre ao parecer de LABEXO, para quem a criança se considera filha de um senador se, ao nascer, já estava falecido seu pai (eum, qui post mortem patris

senatoris natus sit, quasi senatoris filium esse) : mas, conforme o dizem PRÓCULO e PÉGASO, não se daria o mesmo se, desde a concepção e nascimento, já não fôra senador o pai. Ainda explica ULPIANO a controvérsia no caso de filho concebido ao tempo em que era senador o pai: pois, se é certo que mais vale o nascimento, muitos pensam que se deve atender apenas ao momento de se conceber o filho, e não à circunstância posterior do nascimento (tempus enim conceptionis spectandum plerisque placuit). A remissão ao texto de ULPIANO não só foi supérflua como também impertinente. O negócio jurídico do título ao portador perfaz-se com a subscrição. Não se apura capacidade depois da perfeição do ato. A emissão já supõe que esteja feito e perfeito o título ao portador. Ou o titulo tem a data verdadeira ou tem outra data (antedata, ou pós-data). De qualquer modo, o *alter* recebe o titulo ao portador, de boa fé, conforme ele está redigido. O problema mais grave é o do subscritor incapaz que põe a data em que era capaz.

(d) No momento em que o subscritor perde, por vontade própria, ou não, a posse do titulo (ARNALDO

BRUSCHETTINI, *Trattato dei Titolo ai portatore,* 848 e 271). Quer exista a vontade do subscritor, quer falte, é sempre o teor do título que de tudo ciecide e o que escreveu vale como se fôra querido. Temos, pois, a literalidade rigorosa, a forma em seu caráter especifico. A promessa contida no título ao portador consiste na declaração de vontade definitivamente fixada no escrito e exclusivamente determinada pelo teor do papel, ainda que contrária, já então, à vontade efetiva do subscritor. A dívida irradia-se desde que o título saia, por qualquer modo, da posse do subscritor e entre na de outra pessoa. Se, por ocasião do ato da subscrição, o devedor (palavra usada pelo autor, no sentido de efeito de negócio jurídico unilateral) era incapaz, vale o ato, se, depois, na época da perda da posse, se torna capaz. Inversamente, se sobrevém a incapacidade, o fato de ter sido capaz o subscritor ao tempo da subscrição não obsta a que se oponha ao tomador o *def ectus vcrsonac.* Quanto às considerações especiais que o tratadista ARNALDO BRUSCHETTINI teceu em tôrno à questão da oponibilidade ao portador de boa fé, veremos adiante, após formularmos os princípios gerais sobre incapacidade.

As soluções (a) e (b) pertencem aos contratualistas. As soluções (c) e (d). aos partidários das teorias unilateralís ticas. Escritor por ± uguês, que, aliás, em tôda a obra, quase nada mais fez que repetir ARNALDO

BRUSCHETTTNI e CÁRIe JACHINO, cujas idéias em páginas inteiras verte, discordou, nesse passo, dos seus modelos, e juntou-se a li.

SIEGEL: “O momento decisivo para a apreciação da capacidade é o da subscrição do título, dissemos nós. Como há de precisar-se esse momento? Se o título foi datado, é naturalmente a data que há de considerar-se como indicação exata da época em que o ato se realizou. E, dado o caráter rigoroso da literalidade da obrigação, a lógica levava consequentemente a imprimir à enunciação da data o cunho de verdade incontrastável A data é uma simples presunção. . . O que deve acima de tudo precisar-se é a ocasião exata em que o título foi escrito e assinado, recorrendo para isso a todos os meios possíveis de investigação (ALBERTO DOS

REIs, *Dos Titulos ao portador,* 246 s.).

4.CRITICA Ás SOLUÇÕES PROPOsTAs. Não é exagêro averbar-se de inadmissível a primeira solução, que é a dos contratualistas sustentadores de teorias de vínculo direto de origem bilateral. O titulo pode ser eficaz e produzir todas as suas consequências específicas, sem ter havido, *ab origine,* contrato entre o subscritor e todos os possuidores, ou entre ele e o primeiro possuidor. É exemplo o título que saiu sem a vontade do subscritor e foi parar em mão de portador de boa fé.

Também não satisfaz a segunda. Não pelas razões, que se apresentaram; *e. g.,* torna-se perfeita a obrigação independentemente do fato de terceiro adquirir a posse do titulo, pois que se trata de simples condição de fato a que se subordina a possibilidade de se poder exigir o direito, e não o pressuposto para a existência da obrigação („2). Temos assim, no revide do escritor italiano, que apresentou tais razões (ARNALDO BRUsCHETTINI, T *rattato dei Titoli ai part atore,* 345 s.), reedição das idéias de H. SIECEL *(Das Vers-prechen ais Verpflicht~tngsgrund,* 172), se não em particular, ao menos em princípios. Em verdade, a opinião envolveria novas incertezas, cada uma mais desafiadora e desconcertante. ~ Qual a perda da posse? Se perda em momento de incapacidade, mas ciência posterior, sem nenhuma providência, como conciliar-se o direito do terceiro possuidor *r*

de boa fé com o do subscritor?

A outra opinião, a de J. E. KUNTZE e outros, não nos parece decisiva: feitura, sem outro fato, não cria a dívida.

Osubscritar é pessoa que está na iminência de ser devedor, mas ainda não é devedor. Dizer-se que a subscrição é promessa pura e simples, lançada no papel, com cuja aquisição nasce o direito de crédito,

importaria reduzir-se a posse a simples jato, que, na disfarçada teoria de H. SIECEL, levaria à concepção de nada mais ser necessário, após a subscrição, para a vincularidade da promessa. Não se trataria, sequer, de analogia com a *hereditatis aditio,* mas de aquisição *ipso jure,* qual a de que se valeria o *heres necessanus.*

Em *J.* E. KUNTZE, a solução, embora posterior ao seu livro clássico, não tira vantagem sobre a sua teoria da posse de outrem como ato jurídico, pôsto que ato, não produtivo, mas receptivo. (Aliás, se vamos conferir o que J.

E. ICUNTZE conhecia sobre a posse, vemos que os conceitos a que hoje se chegou superaram, de muito, a ciência daquele tempo sobre a classificação dos atos possessórios.)

A subscrição de titulo é aquilo a que se pode chamar em direito, como se chamou, em Psicologia, *obietivapZo afirmativa* (TOULOUSE ET PIÉfoN, *Technique de Psijchologie ezvérimental.,* II, 1). Pode nA o ser mais do que fato psicológico de exteriorização, manifestação essencialmente objetiva, e durável, da atividade neuro-psiquíca.

De si só, não constitui fato jurídico, porque a juridicidade só se inicia onde se satisfazem todos os pressupostos para a entrada do fato no mundo jurídico.

O titulo ao portador, como negócio jurídico, nasce, portanto, da subscrição. Falta-lhe, certamente, a eficácia.

SCHULTZE dizia <*Kritische Viertelia.hrsschrvt,* 18, 316 s.) : "A simples subscrição de carta não é válida manifestação externa da vontade, mas em sentido jurídico simples projeto interno. Não tem maior importância do que promessa ao ar aberto, sobre monte solitário". A confusão é evidente: SCHULTZE fala em termos de *ser,* de *existência* do negócio jurídico, a respeito de *eficácia.* Não atendia ele a que o titulo ao portador, uma vez subscrito, é. O negócio jurídico unilateral está ali. Entrou no mundo juridieo a promessa unilateral, tanto que, se alguém rouba o título e o passa a outrem, a posse faz gerar a vincularidade. Até o momento em que se inicia a eficácia isto 4, até o momento em que o título ao portador passa às mãos do *alter* digno <em relação ao subscritor) pode o subscritor destruir o titulo, ou inutilizar a assinatura. *Ainda* Mc *estatus vinculado.*

Se não basta, portanto, atender-se à subscrição, para se formular o principio jurídico para a fixação do momento em que se há de apreciar a capacidade do subscritor, é porque do titulo pode constar

outra data, ou não constar a data.

Não é o momento da perda da posse que pode dar-nos o meio filosófico de solver as dúvidas que toldam o assunto. Alguém, incapaz, assina titulo ao portador sem data, e o guarda; cessada, depois, a sua incapacidade, entrega-o a intermediário, a fim de pôr a data e conseguir empréstimo. Cai sobre ele, de nOvo, a interdição, O

depositário ou simples preposto da casa, que a ele pertence, lança-o, abusivamente, em circulação. Não se pode negar que só então Me perdeu a posse. Como se há de decidir?

Tem-se de seguir por outros caminhos. A alegação de incapacidade, em se tratando de títulos ao portador, é circunstância gravíssima. Os inconvenientes dela são enormes; as vantagens sobre a inobjetabilidade não o seriam menos. Tira-se, pois. que as regras de incapacidade, com serem de ordem pública, não devem ser menosprezadas, em atenção à natureza do titulo ao portador: *alie gare irteonveniens non est solvere argumentum.*

Todos os negócios jurídicos podem dar ensejo a títulos de crédito. Se fosse negada a objetabilidade aos possuidores de boa fé, a lei estaria iludida: o louco, com o auxílio de terceiro encarregada de passar o título a alguém de boa fé, contrairia, juridicamente, obrigação válida... Mas seria o absurdo, a derrocada do direito, a elisão da justiça previdente. Em todo o caso, há ponto que é principal: do título ao portador consta a data, e a emissão foi após ela; ou dele, excepcionalmente, não consta a data, e só as circunstâncias podem dizer se era possível boa fé do portador, *em relação ao subscritor.*

No direito romano, o *emittere,* o *dimittere,* do documento, era o que conferia ao ato documental o valor jurídico.

A apreensão do documento de obrigação importava aceitação da promessa documental. Na Itália, onde se formou o sistema documental do Ocidente, a forma solene era essencial, e o notário, na fórmula de perfeição, apunha a cláusula: post *traditam.* No direito francês, o *levare chartoan* constituía forma essencial da cessão. Operou-se no sentido do apagamento do formalismo a evolução; a entrega do documento pode ser *inter absentes.* Porém não foi esse o único progresso, nem ela, por si só, explica o direito de possuidor, cujo título foi subtraido, por outrem, ao subscritor:

a redação do documento é *promessa ao público,* que depende,. apenas, *para eficácia,* da posse de outrem.

H. BRUNNEE, cuja teoria era insustentável, só admitia a responsabilidade do subscritor, quando expressamente a houvesse assumido, isto é, se anunciou ao público a criação em massa, pois que, em tal caso, o motivo da responsabilidade não está no escrito, mas no manifesto público ou promessa feita de público.

r

Tais idéias tiveram, em sentido contrário, os progressos da técnica científica do direito civil, realizados nos últimos decênios, e agora, à imitação do Código Civil alemão, o art. 1.50 do Código Civil brasileiro. O título ao portador é, de si só, declaração unilateral de vontade, promessa ao público. O manifesto público apenas tem significação de dado circunstancial

A questão toma, assim, outro caráter. A incapacidade e a falta de poder de dispor podem não ser gerais, mas relativas, e faz-se preciso atender-se à finalidade do título. Título ao portador subscrito por mulher casada não pode ser válido, se o seu fim foi haver quantias de empréstimo (Código Civil, art. 242, VIII), porque a lei lhe proibe contrair obrigações, que possam acarretar alheação de bens do casal. O portador de boa fé tem de recorrer às medidas do Código Civil, art. 255 e parágrafo uníco: "A anulação dos atos de um cônjuge por falta da outorga indispensável do outro, importa ficar o primeiro obrigado pela importância da vantagem, que do ato anulado haja advindo, a ele, ao consorte, ou ao casal. Quando o cônjuge responsável pelo ato anulado não tiver bens particulares, que bastem, o dano aos terceiros de boa fé se comporá pelos bens comuns, na razão do proveito que lucrar o casal". A lei faz ressalvaremse, em todos os casos, os interesses do *bonae lidei possessor.* Mas ~ tem o terceiro de provar a *in rem versio,* perante a mulher subscritora e enquanto a ela? O titulo anulável ou ineficacizável perde o seu valor como tal, porque as circunstâncias o fizeram titulo a que se não exige *causa debendi.*

Se a mulher contraiu o empréstimo, de acôrdo com o ad. 251 e parágrafo único, II, nada lhe é dado opor, se obrou nos limites do seu poder de dísposição (Código Civil, ad. 251:

"A mulher compete a direção e a administração dos bens do casal, quando o marido: 1. Estiver em lugar remoto e não sabido. II. Estiver em cárcere por mais de dois anos. III. Fôr judicialmente declarado interdito". Parágrafo único: "Nestes casos cabe à mulher: II. Dispor dos (bens) particulares e alienar os móveis comúxís e os do marido").

Ainda é válido o negócio jurídico da mulher nos casos do ad. 247 do Código Civil, isto é, quando relativo a gastos da economia doméstica, e pode cobrar-se o portador nos bens de ambos os cônjuges, qualquer que seja o regime de bens (ad. 254).

Passemos a outro exemplo, agora de pessoa relativamente incapaz: o menor de vinte e um anos e maior de dezesseis anos (Código Civil, art. 6.0), salvo suplemento de idade. O negócio jurídico é anulável, mas o menor, entre dezesseis e vinte e um anos, não pode, para se eximir da obrigação, invocar a idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pelo outro interessado, ou se, no ato de se obrigar, espontâneamente se declarou maior (art.

155). Ainda que se dê a anulação, cabe a ação de enriquecimento injustificado (art. 157).

Também os pródigos, não podem assinar vàlidamente títulos ao portador, inclusive com data anterior, porque a interdição os priva de praticar atos que não sejam de simples administração (Código Civil, arts. 6.0, III, e 459).

Igualmente, os silvícolas, não civilizados (Código Civil, art. 6.0, IV) mas podem os regulamentos especiais permitir, entre eles, ou no circulo estrito da colônia, como expediente mesmo de adaptação econômica, o uso de títulos concebidos à ordem, ao portador ou nominativamente, sem, todavia, tais documentos poderem ser admitidos fora do estabelecimento ou da zona de proteção e cultura étnica.

Quanto aos absolutamente incapazes nada se pode julgar carecente de clareza. £ evidente: os supremos interesses da ordem pública exigem que os interesses da circulação e a segurança do crédito fiquem, perante as regras de incapacidade, em segunda linha.

~,*Quid juris,* se só a saída foi ao tempo da incapacidade?

5.A SOLUÇÃO , NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. Temos, agora, de enfrentar a questão, antes suscitada, da fixação do momento em que se há de apurar a capacidade. Nada que mais difícil pareça, nem mais útil, do que a determinação do instante formativo, do momento decisivo, em que se concebe a promessa escrita.

Todavia, a lei, em sua função protectiva, ainda, não intervém como providência social, na sua mais exata significação. Dai a impossibilidade de se atribuir *à* subscrição o inicio da vida jurídica

eficacial do título ao portador. Certo é que, após a promulgação do Código Civil alemão, quiseram julgar a capacidade no só momento de se subscrever o título ao portador, porém não é menos certo que os intérpretes, atentos à materia cambial, onde o sistema alemão tanto reduziu a cártula a obrigação abstrata, não anuiram em que se adotasse essa solução, *a priori,* por simplista e incompatível com o interesse público.

As regras jurídicas gerais sobre capacidade, relativas aos contratos, ganharam terreno sobre os principios que se pretendeu assentar quanto à capacidade nos negócios jurídicos unilaterais: a questão não pode ser resolvida de modo singular; tem-se "por impossível considerar sempre o instante da subscrição como o momento decisivo: se, por exemplo, o aceitante estava embriagado a ponto de se achar privado do uso dos sentidos no momento de subscrever, mas lança o aceite após haver recobrado a razão, não há dúvida quanto à eficácia do aceite. Se, ao *r*

contrário, o sacador é capaz no momento da subscrição e incapaz na época de emitir, a emissão énula". (E.

LEHMANN, *Lehrbuch des Ha.ndelsrechts,* 597 s.).

O subscritor, cujo título foi subtraído, ou que o perdeu, pode reavê-lo do ladrão ou do achador, ou de quem quer que o haja, de má fé. Se entregou a seu preposto, e esse o lançou em circulação, contra sua vontade, o negócio jurídico é perfeitamente válido, se em mãos do portador de boa fé. A ação, que lhe assiste, é apenas do contrato contra o preposto, ou contra o representante. Não se lhe deve dar mais do que se deu, para vindicação, aos possuidores (art. 521, só referente a perda ou furto), quando em verdade a lei lhe circunscreve as próprias exceções (art. 1.507).

Assim, pois, temos, em princípio:

a) Se o subscritor era *capaz* no momento de subscrever e incapaz no momento da emissão, nulo, ou anulável, não é o titulo ao portador, mas há a defesa contra o portador de má fé. O portador de boa fé não pode" ter contra si fato em que não foi agente, nem lhe interessa, em virtude da explicação científica, que exclui iodo vinculo entre subscritor e possuidor que não se origina de posse, salvo o outro vínculo, de negócio jurídico possível, subjacente ou sobrejacente, mas nem sequer necessário, entre ele e o primeiro portador, ou entre ele e possuidor posterior, por ocasião de se apresentar o título. O possuidor de boa fé adquiriu o título ao portador das mãos de um investido do

poder, pleno de transferir a promessa: quem assim adquire, inciente da incapacidade, está protegido pela lei (art. t321, relativo ao mandato e, com maioria de razão, ao poder sem mandato).

b) Se o subscritor era *incapaz* ao tempo da subscrição, mas, depois, emite, já em perfeita capacidade, pode ser o momento da emissão o momento decisivo, porque o ato do primeiro tomador, recebendo, sem exigir data, no tempo da capacidade, e o do subscritor, como que a revalidar o título pela emissão voluntária e normal, podem deixar sem fixação a data de verdadeira criação do título. Observe-se que, se há data e essa está dentro do período de incapacidade, não pode haver boa fé do adquirente.

c)Se o subscritor era *capaz,* entregou o título, durante a capacidade, a alguém, *e. g.,* ao seu preposto, ou representante, e depois recaiu em incapacidade, válido é o título, se preposto ou o representante o lançou em circulação em qualquer momento, ainda aquele em que o subscritor estava incurso em incapacidade, salva a exceção contra o possuidor de má fé.

O art. 1.321 do Código Civil é a regra jurídica a que se há de recorrer como argumento máximo em favor da solução, que doutrinàriamente se nos impõe , a fim de se manter a integridade da teoria da lei brasileira: “São válidos, a respeito dos contraentes de boa fé, os atos com êstes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto êste ignorar a morte daquele, ou a extinção, por qualquer outra causa, do mandatot‟. Outras causas podem ser: a revogação, a renúncia, a mudança de estado, que inabilite o mandante, para conferir os podêres, ou o mandatário, para os exercer e a terminação do prazo (art. 1.316). Se o contraente de boa fé mereceu da lei tal exceção aos princípios da ineficácia dos atos jurídicos, *a fortiori* se há de salvar da medida geral o adquirente de título ao portador, ou de direito sobre ele, pessoa cuja boa fé a põe livre de objeções e exceções .

(Não foi esse o principio aceito por OITO VON GInKE, que procurou explicar a solução de outro modo, pôsto que para a cambial: quem opõe firma quer obrigar-se; a cártula, posta em circulação, leva consigo a aparência legitima; o subscritor corre o risco, porque assim quis.)

Não assumira, ao subscrever, a dívida, mas responde, porque a dívida exsurgiu a favor de quem prestou fé ao documento.

d) Se o subscritor era *incapaz* ao tempo da subscrição e, embora capaz

ao tempo da circulação do título, saiu esse contra sua vontade, por motivo de furto, ou outro crime, não é válido o título. O portador nada pode alegar em favor próprio, porque, *ex hypotkesi,* a data do título ao portador cai no período da incapacidade.

Mas, se o subscritor, tornado capaz, perdeu o titulo, ~ tem o possuidor de boa fé todos os seus direitos, porque o ato de subscrição foi o motivo do prejuízo?

Seria a solução de Orro VON GIERRE. Não a damos nós:

a boa fé não poderia existir se a aquisição foi ao tempo da incapacidade. Está no título ao portador a própria prova.

Se ,a data é falsa, se, em vez de se lançar a do tempo da incapacidade (subscrição), se simula data que seria no tempo da capacidade, ~,pode o curador do subscritor alegar o ato de falsidade? Sim; pois, a própria má fé não pode ser alegada, a regra fica excetuada, se a pessoa era incapaz ao tempo em que praticou o ato. O portador, ainda de boa fé, tem de lançar mão de outros meios: por exemplo, da ação de enriquecimento injustificado.

6.LEI N. 177-A, DE 15 DE SETEMBRO DE 1898, ART. 1.0, §§

7~0, 5.~ E 6.0. Surge questão grave. A Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1898, concernente a debêntures, no *r*

art. 1.0, §70, combinado com os §§ 59 e 69, considerou a anulabilidade, pôsto que só aproveitável aos *obrigacionistas,* a inobservância das regras jurídicas seguintes na deliberação do empréstimo pôr debêntures: a resolução prévia deve ser adotada por tantos sócios quantos representem, pelo menos, metade do capital social, em reUnião a que assista número de acionistas correspondentes a três quartos dele, pelo menos <adiante-mostraremos como se há de proceder em caso de não comparência de três quartos, porém de mais de metade do capital social); publicação da ata da assembléia geral na fôlha oficial e numa das fôlhas de maior circulação; o exararem-se na ata os pressupostos essenciais da emissão que se resolver (Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1898, art. 1.0 §§ 5~0 a 7.0). O debenturista propõe a ação, e pede a decretação. Se efetuada está a emissão, essa só é anulável em proveito dos obrigacionistas, mas, ainda assim, conforme as circunstâncias, isto é, se o juiz, com o seu critério, julgar que o deva. Os motivos de invalidade são vários e estão consignados no art. 2.0 e" §§ 19 e 39

da Lei n. 177-A, e adiante serão examinados.

Pergunta-se:~.a falta de podêres é causa de invalidade só suscitável pela parte que estêve em contacto com a sociedade emissora, que emitiu por intermédio de administradores não autorizados a emitir?

A administração e a assembléia geral das sociedades não têm podêres senão quando constituídas legalmente. Por outro lado, em sendo as circunstâncias, em que se deliberou, conhecidas dos subscritores de debêntures

<subscritores, aqui, são as pessoas que atendem à *invitatio* e assinam a lista). ou dos compradores, porque a ata é publicada pela imprensa e a ela se refere o manifesto, não podem alegar ignorância da falta de formalidades legais, pois que, desde que consentiram, cientemente, a boa fé não pode ser invocada. Mas, atalhava um jurista (INGLÉS DE SOUSA, titu *los ao portador,* 808): ~que seria do principio capital que preside & instituição dos títulos ao portador, se fosse admitida a aplicação de tal doutrina em todo o seu rigor jurídico? E respondia: certo é que o direito de fazer empréstimos por obrigações ao portador não se inclui nos podêres gerais e o mandante só é responsável pelos atos do mandatário dentro dos limites do mandato (Código Comercial, art. 149), mas essa restrição não é absoluta como se pretende: pelos fatos dos prepostos, gerentes, feitores, guarda-livros e caixeiros, entre os quais se devem incluir os diretores de sociedade anônimas, respondem os preponentes, se aqueles atos foram praticados dentro das suas casas comerciais e relativamente ao giro das mesmas, ainda que sem autorização escrita (Código Comercial, art. 75).

A questão não tinha sido posta nos devidos termos. Cumpre, inicialmente, que se separem as incapacidades e a falta de podêres de praticar, que não se confundem e, por outro lado, não se assimilarem a prepostos e a mandatários os órgãos das sociedades. Administradores de sociedade não exercem simples mandato; são *órgãos*

. A falta de autorização não Importa Incapacidade, nem excesso de mandato; mas exorbitância da função pelo órgão executivo ou normativo da sociedade. O que disciplina tais funções, em limites, são os *estatutos* e as *leis,* que todos têm de conhecer, essa, pelo princípio de que ninguém se escusa com a alegação de ignorância da lei, aqueles, porque têm a *publicidade* própria do *registo.*

Incapacidades diferem das faltas de podêres em que, ali, há a noção da existência do poder de praticar, mas sem a *aptidão* para o exercer

(louco, surdo-mudo,. menor, etc.), ao passo que, aqui, há, a par da inexistência do referido poder, inteira indiferença à questão de incapacidade. O menor é incapaz; o mandatário pode não ter podêres suficientes. Coisas inconfundíveis, como se vê: no último, tem-se situação de fato, enquanto, no primeiro, há deficiência a que a lei reconheceu o efeito de inibir o ato, ou inidoneidade criada pela própria lei.

Daí serem as regras de incapacidade regras jurídicas de ordem pública. O caso de não se haver deliberado, na forma da lei, a emissão, não induz incapacidade. Resta saber se a suscita a falta do poder de praticar. ~ quando se nos impõe indagar da situação dos agentes: se mandatários, se órgãos.

Se o título foi subscrito e emitido por procurador, não há outro caminho que o de se aplicarem à espécie as regras jurídicas da procura. Tal espécie dificilmente ocorrerá; e não nos interessa, no momento. O ordinário dos casos é o da subscrição pelo órgão; e o único possível, nas debéntures, porque a lei exige, expressamente, que os títulos sejam assinados, pelo menos, por um dos diretores, ou administradores (Lei n. 177-A, de 1898, art. 2.0, § 2.0, inciso 4).

Que o diretor não é representante, está evidente no fato de não ser a sociedade incapaz, nem outorgar podêres a *outrem.* Que não é mandatário, mostra-o o derivar a sua qualidade „de constituição mesma da sociedade: N‟a representação legal , há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais obra pelo ou para o outro, e. g. (tutor, curador, mandatário). Quando há ôrgão, é a própria pessoa jurídica que pratica o ato. Dai o órgão não se confundir com o preposto: aquele é parte integrante da pessoa jurídica, ao passo que o preposto é *outrem* a que os próprios órgãos cometeram o executar certos atos. A lei exigiu no titulo ao portador, regido pela Lei n. 177-A, a assinatura de um administrador, pelo menos; a debênture, que não a tem, não é somente inválida: é *inexistente.* A sociedade não a pagará, *porque a sociedade não a assinou.* Não seria menos inexistente, se a subscrevesse preposto, porque a lei confiou apenas aos diretores, ou, pelo menos, a um diretor, a função de *r*

subscrever as obrigações ao portador. (As regras jurídicas norte-americanas apuraram-se no critério para a apreciação da fraude na emissão de debêntures. Distinguem os casos, conforme a finalidade intrínseca do ato criminoso: se a entrega foi feita pela corporação ou por alguém que exerça funções de, por ela, emitir ou contratar, ou se o ato foi puramente contra o portador. Mas, no apreciarem fatos semelhantes, reentram em princípios afins ou díspares, que logo lhes

toldam a teoria.)

Se a debênture é titulo formalmente perfeito, a sociedade vincula-se perante quaisquer portadores de boa fé; não fica sem objeções e exceções em relação ao portador de má fé. A sua situação não pode ser diferente da de qualquer pessoa, que assinasse, com o próprio punho, o título ao portador.

A Lei n. 177-A, art. 29, § 59, dá ação aos obrigacionistas contra a sociedade, para anular a emissão de debêntures, sem que exclua ações que são essenciais aos títulos ao portador. Se o título é perfeito, mas o diretor não tem poder, *e. g.,* se a assembléia foi ilegal, os acionistas hão de lançar mão de outros meios, inclusive os penais: foram vítimas de crime cometido por pessoa, se não de sua confiança, parte integrante de corpo, que foi, diretamente, o lesado; sofram-no.

Dois são os casos de emissão fora dos podêres dos diretores: a) se emitem sem autorização; b) se emitem mais do que lhes fixara a assembléia geral. Regem-se ambos pelos mesmos princípios; e quer se numerem seguidamente, sem fraude, os títulos ao portador, quer os diretores tenham repetido números, a fim de se ultrapassar a autorização. Quem comprou o título ao portador, ou subscreveu a lista, tem o direito de presumir que, em tudo quanto fizeram, os diretores procederam legalmente; mas seria absurdo reconhecer-se tal direito ao cúmplice do diretor, ou quem, conhecendo a ilegalidade, dela quis aproveitar-se.

O ônus da prova, escusado é dizê-lo, incumbe a quem alega; a sociedade que o prove, se pretende de má fé, em relação a ela, o portador. Assim como o diretor não poderia nunca tirar proveito do seu ato, também não o podem aqueles que o auxiliaram, ou foram partes no delito, ou os que, cientes, expuseram tirar vantagens da situação anormal, *e.* g., no caso de baixarem, pelas notícias, as debêntures.

Fácil é ocorrer invalidade na inscrição do empréstimo, ou no registo da hipoteca, e nada a sociedade poder alegar (CÁaVALHO Morntlo, Emissão irregular de títulos ao portador, *R. de D.,* III, 60 s.) : ". . .a teoria da posse de boa fé como fundamento do direito no título ao portador exige coerentemente que ao portador de boa fé, quer o título seja regularmente emitido, quer não, sejam plenamente assegurados todos os direitos que, segundo as promessas constantes dos dizeres do título, ele estava no direito de crer que lhe fossem garantidos pela aquisição do título".

E os terceiros? O autor nada disse; cumpre ter em vista o que antes escrevemos. Os direitos reais têm modo especial de constituição, que a boa fé do portador de um título não poderia suprir. Os terceiros estão livres dos efeitos preferenciais ou da seqúela hipotecária.

Não estancou o assunto. A lei fixa limites à emissão de debêntures. O valor total das emissões de uma companhia não pode exceder o do capital estipulado nos seus estatutos, salvo: *a)* as associações de crédito hipotecário; *b)* as de estradas de ferro, navegação, colonização e mineração; o) as que segurarem o excesso mediante títulos de dívida da União, Estados-

-membros ou Municípios, cujo vencimento coincida com o das obrigações, depositadas no Tesouro, nas repartições federais de Fazenda, ou dos Estados-membros, até a sua remição (Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1898, art. 19, § 4.O)~

Dentre os requisitos formais das debêntures, estão as notas individuantes (nome, objeto e sede da sociedade; data da inscrição do empréstimo; série, a que a debênture pertence; número de ordem), de jeito que se torna fácil aplicar o princíplo *utile per mutile non vitiatur,* com a reparabilidade advinda da numeração: a invalidade dos títulos excedentes não se contagiará aos outros.

Tudo que é *ultra vires* é inválido, tudo que não exceda o valor do capital é válido. Há, aí, nulidade e não anulabilidade; não há desmerecer-lhe o caráter público; não há embotar-lhe os intuitos de alta política jurídica. Os portadores de títulos, cujos números corresponderem à soma superior ao capital, têm de ser vencidos na ação, que intentarem, ou na que contra eles propuser a sociedade. As objeções de nulidade operam, aí, contra os próprios portadores de boa fé, porque a ninguém é lícito ignorar a lei que limita as emissões (CARVALHO MOURÃO, Emissão irregular de títulos ao portador, II. *de D.,* III, 51), e, ainda mais, o capital da sociedade consta do título (ou pelo menos a indicação dos estatutos e alterações), e dele também constam o importe dos empréstimos anteriormente feitos, a série e o número dó título (Lei n. 177-A, art. 2.0, § 2.~). Tudo evidencia a violação da lei, sem necessidade de indagações exteriores à cártula. Um exemplo traz luz ao assunto: capital estipulado, quinhentos milhões de cruzeiros; emissões anteriores, trezentos milhões; valor das no-vas debêntures, um milhão; número de ordem, 200. Essa obrigação ao portador é a última das válidas, porque 200 debêntures de um milhão perfazem duzentos milhões, que, somados aos trezentos milhões dos empréstimos anteriormente feitos, importam em quinhentos milhões, valor do capital. Para que a debênture de n. 201

não fosse nula, mister seria que tivesse *r*

havido *garantia do excesso* pelo depósito de títulos da dívida pública, como ficou dito. A sociedade não podia vincular-se *ultra vires,* não se vinculou. Mas os diretores incorreram nas penas do art. 39, § 1Y~, da Lei n. 177-A, e contra eles aos prejudicados ficam a pretensão e a ação civil de perdas e danos.

7.EFEITOS DA NULIDADE DA EMISSÃO DE DEBtNTURES. zQuais os efeitos da invalidade da emissão quando decretada a favor dos obrigacionistas? Fica obrigada a sociedade emissora a restituir aos portadores dos títulos anulados a importância das entradas, com os juros legais da mora, diminuídos, está visto, os cupões já recebidos, ou separados, não do todo a pagar, mas como juros pagos durante o tempo que lhes corresponde. A razão para se reputarem indeduzíveis os juros pagos parece, ao primeiro lance de olhos, estar no art. 1.268 do Código Civil: "O mutuário, que pagar juros não estipulados, não os poderá reaver, nem imputar no capital". (A fonte do art. 1.268 é, no substancial, a L. 26, pr., D., *de condictione indebiti,* 12, 6: "Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit". As mais regras jurídicas que se seguem, no texto romano, não as insere a lei brasileira: satisfez-se com a primeira regra, O art. 1.268 não éaplicável na espécie de que tratamos, porque os juros foram estipulados e anulada a emissão, o que compõe figura diversíssima. A solução tem, pois, outro fundamento: o da natureza do título.) A doutrina pode prescindir de argumentar com o art. 1.265 do Código Civil. Qualquer outra solução, sobre injusta, desatenderia à natureza do título de crédito ao portador. Os cupões poderiam ter sido recebidos por outrem que não o reclamante, e quem pagou juros cientemente não os repete. Todavia, cumpre não nos esqueça que o título ao portador éobjeto de posse e os seus juros têm algo dos frutos recebidos, a que se refere o art. 510 do Código Civil. O subscritor põe-se em relação jurídica de dívida com os possuidores. Os juros são acessórios na relação jurídica em que é sujeito passivo o subscritor e ativo o possuidor, isto é, naquela de cujos elementos de conteúdo é o direito de apresentação. Talvez se advirta que a ação da invalidade tem por efeito destruir, retroativa. mente, a posse, e o portador não poderia pretender os juros por sua qualidade de possuidor de boa fé. Tal argumento pecaria por imprecisão. Costeia o problema. A ação desconstitui.. ria; não ofenderia a posse, que é poder fáctico, e não efeito jurídico, como o efeito *ex tune* da sentença. (Sobre a questão, no campo do direito das coisas puro, cf. BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Traité théorique et pratique de Droit civil,* Des obrigations, III, 388: AUBRY e RAU, *Cours de Droit civil français,* IV, 5Y ed., 429. A

solução vem de C. DEMOLOMBE. Contra, F. LAURENT, *Principes de Droit civil français,* VI, ns. 288-242, e vol. 19, n. 62; TH. HUC, *Co"mmentaire théorique et pratique du Cade Czvzl,* IV, 155; e C. BUFNOIR, *Proçpriété et Contrat,* 658-700.) Um fato, como é a posse, independe da eficácia *ex tune* da ação de nulidade. Houve causa para a posse; tanto assim que se não considera ilícito o fato da posse durante a vigência do negócio jurídico desconstituído.

Anulada a emissão (corre por aí a pergunta), ~,tem o portador o direito de reivindicar?

Em principio, não. Porque seria reivindicação de dinheiro. (Nada mais perigoso que a impropriedade técnica, verbal. Reivindicar? perguntam os escritores; e reproduzimos os seus dizeres na questão. Após a exposição, ver-se-á como foi pêssimamente urdido o quesito.) Mas desde que se dê o concurso, a falência, fica o portador em situação especial, perfeitamente apreciável: tem direito à restituição, no sentido especifico do direito sobre concurso civil ou sobre falência, isto é, de pessoa a quem se confere o direito de obter, a título de proprietário, a separação e restituição de certos bens. O instituto da "reivindicação", se não se apresenta, na falência, com o vigor do direito comum *(J.* X. CARVALHO DE MENDONÇA, T *ratalo de direito comercial brasileiro,* VIII, 278 e 269), é porque não é o mesmo (= o têrmo é impróprio) : poderão ser restituidos, na falência, os objetos alheios encontrados em poder do falido e também, em casos especiais, "ainda que fundados em direito pessoal", dizia o art. 138, princípio, da Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908 (Lei n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929, art. 138:

"quando seja devida (a coisa) em virtude de direito real ou de contrato", diz o art. 76 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945) ; e, se nem a coisa existe mais, nem a sub-rogada, a massa paga o seu valor. Desconstituído o negócio jurídico, o que entregou objeto ou dinheiro ao falido, vai, a título de proprietário, reavê-los em sua integridade, pois que na massa está, em virtude de causa que deixou de. existir.

§ 3.701. Substituição dos títulos emitidos

1.PosIçÃo DO PROBLEMA, É questão digna de exame a de se saber se pode o emissor substituir por outros o título emitido, Noutras palavras: se pode o subscritor do papel clausulado ao portador, ou da simples ficha, avisar para que se apresente o portador e receba, em

troca do documento e antes do dia do vencimento, outro exemplar (substituição cartular sem alteração intrínseca) ; ou, têcnicamente, se podem, durante a vida circulatória, ser avisados os possuidores da vontade do emissor de variar de estampa, ou, pelo menos, de substrato da cártula, *e. g., r*

se, por motivo de falsificação do modelo gráfico, sem qualquer indício de novação da obrigação, ou de nova declaração de vontade, se procuram os possuidores para se lhes dar titulo do mesmo número, série e valor, juridicamente idêntico, não em troca, mas em *outra via* da declaração primitiva de vontade.

Dá-se simples mudança corpórea, com a persistência da forma jurídica e quiçá da própria forma corporal.

Na hipótese e segundo as circunstâncias, cumpre distinguirem-s~ dos títulos.públicos os títulos particulares.

Aqueles são sempre substituíveis; não por serem públicos, mas porque obedecem a programa da ampla emissão e os interesses do subscritor não superam os dos possuidores, atuais ou futuros, dos títulos ao portador, nem os desses superam os daqueles.

Seria arbitrário, irrazoável, incoerente, subordinar aqueles aos azares da estampa fâcilmente falsificável e às duras vicissitude5 da derrama de títulos ao portador, clandestina ou fraudulentamente lançados ê circulação. Para os títulos públicos, basta que o govêrno, pelo mesmo meio de publicidade usado para o anuncio da emissão (lei, decreto, aviso ou edital de programa), notifique os possuidores para a apresentação, dentro em prazo razoável, dos títulos que tiverem, a fim de serem fornecidos os novos espécimes cartulares. É conveniente cominar..

-se a ineficácia dos exemplares não apresentados, ou a aplicação de descontos com que, após os lapsos marcados, podem ser substituidos na repartição emissora, ou no estabelecimento bancário encarregado da providência Contudo, no caso de grande emissão, a substituição deve ser explicitamente contida no programa, salvo se os efeitos foram obviados pela igual publicidade da resolução administrativa.

Quanto aos títulos particulares de certo não se há de pretender estipular a substituição cartular das letras de câmbio e das notas promissórias ou de outros títulos cambiariformes nem, tão-pouco, dos cheques. Mas seria descurar-se das diferenças existentes entre várias espécies de títulos ao portador crer-se que não possa o subscritor ou

emissor pretender a substituição das fichas de cinemas, teatros ou outros centros nu lugares de diversões antes do dia da exibição das fitas, da representação das peças ou das outras funções ou no mesmo dia, como expediente de fiscalização, fundado no direito de opor as objeções e exceções do art. 1.507 do Código Civil, ou dos convites, ainda que expressamente se não tivesse estipulado.

No direito brasileiro, não cogitou da substituição a lei civil; nem a comercial. Mas, no Decreto n. 165, de 17 de janeiro de 1890, art. 1.0, § 14, foi acentuado, em relação às *notas dos bancos emissores:* "Os bancos têm o direito de substituir as suas notas em circulação por outras, sempre que o julgarem conveniente, fazendo para esse fim anúncios por editais, publicados na imprensa de todos os Estados da sua circulação, nos quais fixarão um prazo nunca inferior a seis meses. As notas, que deixarem de ser apresentadas, reputar-se-ão prescritas, e as que forem substituidas serão incineradas em presença do fiscal do govêrno". A expressão "prescritas" foi infeliz; o caso não é de prescrição, mas de retirada da eficácia. A prescrição encobre, não retira a eficácia.

2.PRESSUPOSTO DA MESMA PUBLICIDADE DO AVISO. Escusado é insistir-se na necessidade de se dar ao aviso a mesma publicidade que se deu ao anúncio, ou programa de emissão, e em todos os lugares em que possa existir exemplar do título, o que não importa ser de mister a inserção em jornais do estrangeiro, se só de normal circulação nacional o titulo ou de fins circulatórios limitados ao território do país.

Assim, para a substituição cartular das apólices federais, bastariam os editais publicados no *Diário Oficial* e, convenientemente, porém não como imprescindível formalidade legal, nos jornais oficiais dos Estados-membros.

Não assim quanto aos títulos brasileiros de empréstimos externos: têm eles certo caráter nacional e extranacional e deverá ser feita a publicação na praça da emissão e naquelas em cujas bôlsas, a pedido do subscritor ou emissor, tenham sido admitidos à cotação os respectivos títulos.

Em se tratando de fichas ou cartões de teatros, cinemas, feiras, comemorações, lestas de caridade e outro~

espécimes, basta inserção nas correspondentes seções especiais dos principais órgãos da imprensa, na parte dos anúncios de teatros e empresas cinematográficas, nos registos ou crônicas da vida social e elegante.

Está na verificação da possibilidade do aviso tôda a dificuldade do assunto que versamos: a questão consiste em se saber se pode, ou não, o subscritor ou emissor chamar os portadores à substituição dos

exemplares. Aos juizes e aos tribunais, cabe examinar as circunstâncias da emissão, a fim de decidirem quanto à existência, ou à inexistência dessa faculdade do promitente. Sempre que se resolve pela possibilidade da chamada, tem-se de ter em vista o princípio do art. 1.514 do Código Civil, aplicável à espécie que nos ocupa: analôgicamente, ha promessa irrevogúvel de pagar e promessa alterável, *ex hijpothesi,* quanto ao fato de se reconhecer ao papel ou ficha ou cartão emitido a liberdade de circular; importa alteração o aviso, de modo que, antes do vencimento, ou como expediente para o pagamento, pode o promitente alterar a promessa no que concerne à legitimação material do papel (e não à jurídica que e Irrevogável), contanto que o faça com a mesma publicidade.

r

1. TExTO E ALCANCE DO ART. 1.507 DO CÓDIGO CIVIL. Assente está, em tôda a exposição, que ao contacto com o *alter,* ao haver a posse por alguém, nasce a dívida contra o subscritor, O título ao portador entra no mundo jurídico, como negócio jurídico unilateral, no momento mesmo em que o promitente o subscreve. Ainda não tem ele *eficácia,* porque ainda não passou a mãos alheias. Tudo que ocorre *entre* os possuidores sucessivos não interessa ao subscritor, nem pode ele defender-se com o que ocorreu entre possuidores. Quanto ao que se passou ou se passa entre o subscritor e o possuidor que apresenta o título ao portador, para que se irradie a pretensão, é diferente; e o art. 1.507 do Código Civil estatui: “Ao portador de boa fé, o subscritor ou o emissor não poderá opor outra defesa, além da que assente em validade interna ou externa do título, ou em direito pessoal ao emissor, ou subscritor, contra o portador”. Cf. Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 51.

2.ELABORAÇÃO DO ART. 1.507 DO CÓDIGO CIVIL. Ê de interesse observar-se a elaboração da lei. Estatuía o Projeto primitivo, art. 1.626: “O devedor não pode opor contra o portador de boa fé, senão as exceções derivadas da nulidade do titulo, ou de seu conteúdo, ou que pertençam imediatamente ao devedor contra o portador”. No Projeto revisto, art. 1.792, apurou-se a forma e retirou-se a idéia de devedór, que seria expressiva em relação ao portador apresentante, pois o Código Civil considerou o titulo inominado um dos casos de declaração unilateral de vontade e o apresentante pode ser simples tenedor, sem que a defesa se tivesse de restringir a esse. Disse o art.

1.792 do Projeto revisto: “O subscritor ou emissor so pode alegar contra o portador de boa fé defesa fundada em nulidade externa ou interna do título ou em alguma causa pessoal do subscritor contra o portador”. A Comissão dos Vinte e Um não tocou na regra jurídica, salvo para aditar vírgula depois de

“alegar” *(Trabalhos,* VII, 188, e VIII, 224). No Senado, em 1902, deu-se-lhe a forma definitiva. E objetou--se *(Trabalhos da Comissáo Especial do Senado,* Parecer do senador RuI BARROSA, 480) : “Do subscritor contra o portador. Do subscritor só? Não: falta aqui o emissor, associado, nas palavras iniciais do artigo, ao subscritor”.

tPor que não só do subscritor? Porque muita vez quem subscreve, o Estado de São Paulo, por exemplo, não é o emissor (banqueiro francês); e as exceções, que se vedam àquele, também a isso não se permitem. Aliás, se apenas deixassem a palavra subscritor, ficaria bem o artigo. Porque o emissor está no lugar do subscritor; e as exceções que ao mandante se negam, negam-se necessariamente ao mandatário (aliás, a relação jurídica pode ser de outra natureza).

3.~A QUEM SE PAGA E QUEM É CREDOR? Explicar o ad. 1.507 do Código Civil fôra reexpor, traço por traço, toda a teoria dos títulos ao portador e discutir o vencido. Legislativa, doutrinária e práticamente, a regra jurídica do art. 1.507 é o coração do instituto. Vimos como se forma o fato jurídico-econÔmico do título inominado. *Já* analisamos as várias relações jurídicas que nele se observam, e já sabemos como se iniciam e como se constroem. O que poderíamos dizer reiteraria apenas o que, cientificamente, a análise nos mostrou. Por outro lado, ainda nas aplicações imediatas, muito do art. 1.507 está nos anteriores e nos que se seguem a ele; *e. g.,* as questões de capacidade e nulidade propriamente ditas.

~ A quem deve ser pago o título? O que primeiro ocorre responder é o seguinte: ao credor. Mas ,~. quem é o credor? A resposta, em sua simplicidade, revela-se-nos mera *petitio pr*nctpii.* No saber quem é o credor, está tôda a questão.

Credor é o proprietário, respondem uns, dentre os quais F. voN SAvIGNY *(Das Obligationenrecht,* 133 s.) e A.

RANDA *(Der Besitz naeh àsterreischischem Rechte,* 355, nota). O que tem posse jurídica, emendam outros *(e. g.*

J. E. KUNTZE, *Die Lehre vou deu Inhaberpapieu-en,* II, 618 e 624: “Wer juristicher Besitzer des Papieres ist, ist auch Glãubiger zu dem *nomeu*

sus dem Papiere, und dem Gídubiger die Zahlung (bei Verfaíl) zu leisten, ist der Ausateller aIs Schuldner verpflichter"; tirado em vernáculo: "Quem tem a posse jurídica do papel étambém credor quanto ao crédito que deriva do papel, e ao credor o emitente é obrigado, como devedor, a fazer o pagamente". A teoria mitiga-se (e escapa assim ao absurdo) com o invocar a presunção de que a posse *é* boa; e essa presunção acode a ambos: ao portador, para o legitimar; e ao subscritor, para o autorizar a pagar ao apresentante. Também à pergunta sobre quem é o credor, respondem outros que é a pessoa que materialmente possui (além de N. T. VON GÕNNER, E. F. SOUCHAY, J. C. BLUNTScHLI e O. STOBBE, H. SIECEL, *Das Veraprech.en ais Ver-pfiiehtungsgrund,* 115).

V~kias modalidades apresentam todos, mas *é* escusado perscrutarem-se tais mutações teóricas. O assunto ficou discutido noutro lugar. A apresentação deriva do poder fáctico. Na relação jurídica entre possuidor e subscritor, o que interessa é a pouse, porque dela, e não da propriedade, emana o direito de apresentar. A propriedade recai *r*

sobre o papel, cujo valor é pequeníssimo e perde-se por outros meios além dos de direito comum; porque a lei cogita do apreciável, não do irrisório, economicamente . O papel não só se reduz a valor insignificante, como se subordina ao fim presente, mais ativo e mais poderoso, da promessa nele lançada. A propriedade cede à posse; o título, coisa móvel, não se reivindica em todos os casos que os outros móveis; a sua vindicação tem caráter diferente: não é a ação do art. 524, mas a que a lei criou no art. 521. Os artigos do Código Civil, desde o art. 1.505

até o art. 1.509, se entrosam e se completam. A regra jurídica central é o art. £507. A inoponibilidade das exceções que não estiverem na textura do título ao portador, ou não derivarem de relações jurídicas pessoais entre devedor e apresentante, faz a principal virtude dos títulos inominados. (Observe-se que, aí, a expressão "pessoal" está em sentido de ligadas ao subscritor como titular da objeção ou da exceção. Nada tem com a diferença "direito pessoal, direito real". >

4.CONTEÚDO DO ART. 1.507 DO CÓDIGO CIvIL. Passemos a rápido exame do negócio jurídico do título ao portador, negócio, aliás, que se não deve confundir com a relação jurídica de divida. Muitas vezes não há, na vida do título ao portador, negócio jurídico unilateral, oportunidade para o surgimento da relação. Houve, quiçá, ato ilícito *(e. g.,* roubo ou furto). À economia política somente interessa o título de crédito, conceito que não é igual no direito e naquela ciência. Juridicamente, o titulo ao portador dá apenas o elemento para que se

possa irradiar o direito de crédito. A ciência econômica, que adota conceito mais amplo, firmado na contemporaneidade, ou não, das prestações, não baixa à análise das relações jurídicas.

A economia abstrai da distinção entre títulos ao portador representativos e títulos ao portador títulos de crédito. O

direito tem de atender a ela, porque se prende à própria cisão do direito em direito das coisas e direito das obrigações.

Todos os títulos ao portador são títulos de crédito (sentido econômico). A razão é, de si mesma, evidente: em quaisquer negócios jurídico~, em que se transmitem ou prestam a outrem coisas, serviços, dinheiros, utilidades, ou, em geral, belis econômicos, no clássico sentido que ADOLF WAGNER precisou (ADOLF WAGNER e ERWIN NASSE, *Grundiegungeu der politiacheu tjkoncnnie,* 1, 12), podem ser considerados quanto à categoria de tempo, isto é, ou se operam contemporânea-mente, *<ti praesenti,* a prestação de um e a contraprestação do outro, ou medeia entre a prestação e a contraprestação algum tempo apreciável. Os primeiros negócios são operações rápidas, feitas a súbitas, pelo motivo da contemporaneidade *(Bar -Geschtif te,* na terminologia de CARL KNIES) e os outros formam os *negócios de crédito* ou a *crédito.* Ora, os títulos ao portador, para que escapassem à classificação, haviam de ser pagos no momento mesmo da emissão, o que lhes impediria a vida circulatória e lhes negaria a própria e caracteristica concepção serem ao portador, a quem exibe. Pode-se trazer à discussão aquele em que o portador exibe para pagar e receber, ao mesmo tempo, a coisa ou qualquer utilidade.

Aqui, ainda se redargtiiria serem tais títulos mais acentuadamente títulos de crédito, porque, neles, se protraem a contra-prestação e a própria prestação, o que, se não é a regra, nem por isso é anômalo no mundo jurídico.

Normalmente, observou A. WAGNER, faz-se *in praesenti* a prestação, e mais tarde a contraprestação, mas acontece muitas vezes ambas somente no futuro se realizarem.

Quando se emite o título, ainda nas espécies imaginadas, deve ter havido alguma prestação, hipótese em que, pôsto que superior à futura, não será, em relação ao título em si, senão acessória daquela. Se o portador pagou algo ao receber a cártula, *toilitur qua.estio,* porquanto ressalta a sucessão cronológica da contraprestação à prestação. Se nada pagou, adquiriu título de crédito, porque assim o quis o emissor, e ninguém nega que possa nascer de doação negócio

de crédito. Num e noutro caso, tem o portador direito de crédito, mas a quantia certa, a fim de haver o serviço, a obra, ou o que fôr; de modo que em qualquer das hipóteses há relação de crédito, conforme a definição de CARL KNIES *(Getd und Credit,* II, 7>; aquela em que a prestação de uma parte é atual, mas futura a contraprestação da outra.

Se passamos ao direito, o título ao portador, em si, nada tem com o negócio jurídico subjacente, „simultâneo ou sobrejacente. É *abstrato.* A posse confere o direito de crédito; a apresentação faz nascer a pretensão. -Não importa o que houve em algum negócio jurídico básico, ou se houve algum negócio jurídico básico. O subscritor pode ter pensado, com título as portador, em pagar divida oriunda de ato ilícito, de ato-fato jurídico lícito ou ilícito, ou de fato *stricto sensu* lícito ou ilícito.

Nos títulos ao portador, há promessa, com o poder de apresentação após o vencimento e o de transferência. O

direito cartular nasce da posse, e nem sempre é direito de crédito o que se forma após a apresentação. Às vezes, é direito real o que deriva da posse e a exibição apenas legitima o portador para que o depositário restitua a coisa; outras vezes, a posse dá simples posição jurídica (sócio, acionista), que produz direitos corporativos, quer *direitos de órgão* (Organschaftsrechte), como o de votar, o de discutir, quer *direitos ao valor* (Wertrechte), atuantes na época da existência social *(e.* o., dividendos), ou após a extinção (quota de liquidação).

r

A técnica e a divisão dos direitos corporativos devem-se a JOSEF KOHLER *(Lehrbuch,* 1, 360 s.). Porque não atendeu a essa possibilidade de não ser crédito o conteúdo do direito cartular, incidiu H. VON SICHERER no engano de considerar creditório o direito corporativo, vereda em que também se emaranhou o espírito de .1. E.

KUNTZE, bem como, posterior-mente, o de II. FICK e outros. A idéia de situação jurídica nos direitos corporativos deve-se a F. REGELSBERGER *(Pandelcten,* 1, 831), que mais uma vez chegou aos resultados, a que, com maior precisão e certeza, chegaria o método analítico.

Dominados pela idéia de vinculo direto básico entre o subscritor e o portador, deixaram os Códigos de prescrever o que era de mister em relação às declarações feitas no titulo e à interpretação delas. Bem orientado, atendeu o Código Civil brasileiro aos atos jurídicos, e não

aos contratos somente, como fez o Código Comercial de 1850.

Na interpretação das cláusulas com que o declarante expressa ao público a vontade, devem atender-se regras jurídicas que, embora, pela forma, somente aos contratos pareçam interessar, a eles e às declarações unilaterais igualmente se aplicam.

Cabem as mesmas regras tocantes a pesos e medidas. É legal não Brasil o sistema métrico decimal (Lei n. 1.157, de 26 de junho de 1862; Decreto n. 5.089, de 19 de setembro de 1872; Decreto n. 5.169, de 11 de dezembro de 1872; e Decreto n. 5.320, de 26 de junho de 1873).

5. O PAGAMENTO DO TÍTULO. A declaração unilateral de vontade, que se manifesta no título, é promessa livremente transmissível pelo portador, que, para isso, tem pleno poder, oriundo da posse. Se quer, porém, conservá-la em suas mãos e exigir, no vencimento, o pagamento, tem de apresentar o título, a cártula, pois que o direito imediato deriva da posse mesma, e mediatamente consiste, não em expectativa de crédito, nem em direito futuro já deferido (Código Civil, art. 74, III: "Dizem-se atuais os direitos completamente adquiridos, e futuros os cuja aquisição não se acabou de operar"; parágrafo único: Chama-se deferido o direito futuro, quando sua aquisição pende somente do arbítrio do sujeito), mas em direito de crédito a que, com a apresentação, nasce a *pretensão.* O possuidor nada tem, portanto, com as relações anteriores entre possuidores, que o precederam, ou entre eles e o subscrito;, salvo, por exemplo, no que concerne à posse mesma, como objeto de vindicação (art.

521), no caso de perda ou de furto. O direito dele é autônomo: o que poderia alegar o subscritor ao portador de má fé não pode ser oposto, derivativamente, contra o nôvo possuidor de boa fé.

Daí não ser possível ao devedor a *defesa: a)* de haver sido furtado ou perdido o título apresentado, salvo, está visto, se ao portador de má fé; *b)* de ter morrido o subscritor antes da emissão, porque a falta de vontade de se obrigar, no momento da posse por outrem, não exclui a vincularidade da declaração unilateral de vontade, manifestada no título ao portador e subordinada, apenas, para a irradiação da relação jurídica de crédito, à posse de outrem, *alter* digno.

Ainda que se mencione a *causa promittendi,* não há exceções oponiveis fora do teor do titulo (R. V. CAMPBELL, *Principies of Mercantile Lato,* 107: "The bona fide holder for value of any negotiable instrument is

entitled absolutely to implement of its exact terms according te its precise tenor" >. A expressão inglêsa *negotiabie instrurnents* não corresponde a títulos ao portador, mas a regra que aí se dá apanha a esses.

O que está escrito no título é o que se há de respeitar.

H.BRUNNER explicava: não se pode alegar contra o possuidor de boa fé o fato de o subscritor se ter enganado na indicação da soma ou coisa recebida. Também quem cedeu a outrem uma fôlha em branco, subscrita, e o intermediário encheu, não invocar contra o adquirente de boa fé o abuso de confiança. Em tal caso, só a *exceptio dali* caberia; a *exceptio falsi* não poderia operar e H. THÓL, com razão, contra alguns, via a *mala fides,* na espécie, como conhecimento do enchimento contrário ou exorbitante do poder outorgado, e não como a simples ciência da cessão em branco. O subscritor responde pelo que prometeu e a promessa ao público só se pode regular pelo teor da declaração unilateral da vontade.

A independência da promessa unilateral, em relação ao negócio jurídico que a precedeu, que foi simultâneo a ela, ou sobrejacente, não precisa de esclarecimento maior que o existente na própria natureza e mecanismo da promessa unilateral. Feita e emitida, irradia-se da posse a vincularidade, como, se se tratasse de promessa de recompensa, se irradiaria da publicação a irrevogabilidade.

Não cabe, a favor do subscritor, nenhuma alegação de êrro, negligência, ou qualquer engano no assinar o título, salvo, está claro, contra o portador de má fé (ERNEST HUFFCUT, *The Leio of Negotiable Jrtstruments,* 392). E

a razão deriva *a fartiari,* pois que o próprio dolo do tomador, a simulação, a violência, não são oponíveis ao terceiro portador *bona.e lidei.* Se o emissor põe em circulação maior número de papéis negociáveis do que devera; se assina alguns, que não pretendia subscrever e tio-pouco emitir, nada disso pode ferir o direito do portador de boa fé. A desatenção somente prejudica o subscritor.

Se o subscritor deixa em branco algum espaço, em que se possa incluir número ou palavra, ou outro sinal, de *r*

maneira que lese a terceiros, ainda que lhe saia das mios sem a vontade dele, ou contra a vontade dele, justo é que responda aos portadores de boa fé pelo total do débito e nos termos das declarações apostas, mercê da própria negligência, ou des cuido. (Foi notável a

decisão da Suprema Côrte dos Estados Unidos da América, 194, N. Y., 461, no caso National Exchange Bank *versus* Lester: "If the jury find that the defendant wai careleas and negligent in leaving vacant spaces for the words and figures, such carelesmneas and negligence on bis part would still make him liable for the note".) Se o título menciona 340 quilos, e, acrescida de um dois, a menção numérica se aumenta de dois mil (2.340), responde o promitente ao portador de boa fé. Não assim, se a alteração é grosseira, se não houve negligência, se o mesmo diverge do quanto exarado por extenso, ou se o título foi precedido de programa público especial, como, por exemplo, as apólices da dívida pública, ou se fazem parte de emissão de grande quantidade idêntica, cujo tipo deva ser de todos conhecido,.ou se possa supor de ciência pública. Um dos casos principais de irresponsabilidade do subscritor é o da"substituição de número ou aproveitamento hábil de outros algarismos; *e. g.,* 102, a que se substitui 702, ou o apagar-se o traço oblíquo superior de 1 e fazer dele um sete ou o traçar-se sobre o zero um oito.

6.VIOLÉNCIA E DOLO. Não se pode opor, dissemos, ao portador de boafé a violência ou o dolo (ERNEST

HUFTCUT, *Tke Law ol Negotiable htstrunLents,* 371: ".. . bilis and notes have another attribute, which other contracta Ç~ > ordinarily do not possess that is, negotiability"; 871 s. < "These additional nghts and privileges have been conferred upon such holder by]aw, for good and sufficient reasons, too well known and understood te need to be stated, but whicb are incident to, and dependent upon, the attribute of negotiability which these instrumenta posses?"). Opõe -se a isso a negociabilidade do título. O vício aproveitou ao que por si ou por terceiro coarctou o subscritor do documento, porém não atinge a declaração unilateral de vontade que, por definição mesma, não concerne a dois ou à dupla vontade. Porque violar, impor, constranger, isso nada mais significa que sobrepor uma vontade a outra. A incapacidade infirma a declaração unilateral, porque se refere à vontade, a única que existe; não assim a violência que, para *ser,* pressupõe duas vontades: a do coator e a da vítima. A fôrça, material ou psíquica, não degrada o conteúdo do titulo, salvo se quem o exibe é o terceiro de má fé ou o próprio tomador, porque, então, ao ter de nascer a pretensão, o subscritor pode ir contra a alegação de posse de boa fé.

7. HERDEIROS s E SUCESSORES. j~Herdeiro ou sucessor pode ser considerado possuidor autônomo para os efeitos, que surte a boa fé,

na circulação no título ao portador, isto é, quanto à inoponibilidade de exceções oriundas das pessoas dos possuidores a que sucedeu o atual, ou precederam ao fato jurídico da sua aquisição? Se, ao receber o titulo, o sucessor soube, nenhuma dúvida há; boa fé não há, e sem ela todas as defesas são possíveis.

Resta a hipótese da inciência. Mas aí cabe recorrer-se aos princípios assentes quanto à extensão (legitimação passiva) da ação de esbulho. O herdeiro e o legatário do possuidor continuam a posse do decujo, por modo que os caracteres (qualidades e vícios) se transmitem (Código Civil, ad. 495). A posse do herdeiro não se une à do decujo; é a desse que continua. Não se dá união, ou conjunção, mas continuação. Passa de um para outro, em migração natural e plena, *cum sua causa*‟ *suts que vitiis.* Cf. Tomo X, ~ 1.061, 4, 1.078, 2, 1.084, 5, 1.092, 2, 1.098, 1, 1.094, 1.095, 2, 1.111, 5, 1.115, 5.

O herdeiro ou legatário não é, pois, *terceiro.* Sem essa qualidade a sua boa fé (fato psíquico) nada opera. Era justo que assim fosse: o título não estava no patrimônio do defunto, ou, se estava, ficava sujeito a alegações, e o herdeiro sucede no que há, e não no que depende, para existir, da posse e boa fé de terceiro.

Quanto ao sucessor entre vivos, tem-se de fazer a distinção que resulta do art. 496 do Código Civil; e não há regra jurídica que corresponda à do art. 495. O sucessor universal, como o sucessor singular, está na situação de possuidor em alguém, isto é, da pessoa a quem suceder, mas a boa fé. que se há de apurar, é a sua, e não a do sucedido.

8.FALÊNCIA , TÍTULOS AO PORTADOR E DEFESA. No processo da falência, não se admite se fundados em títulos ao portador os créditos, o que constitui regra jurídica especial, que não é suficiente para se vedar, fora da falência, a Compensação , assunto regulado nos arts. 1.009 e seguintes do Código Civil, e arts. 439 e 440 do Código Comercial. Lê-se no art. 46, parágrafo único, 1, do Decreto-lei n. 7.661, de 21. de junho de 1945, que se não compensam “os créditos constantes de título ao portador”. Sobre isso, Tomo XXIV, § 2.989, 3. Na Lei federal suiça de 11 de abril de 1889, disse o art. 213: “Não cabe a compensação quando se firma em títulos ao portador a reclamação do credor”; e daí tirou a doutrina que não se compensam as dívidas mesmo que se prove terem sido comprados antes da abertura da falência e de boa fé. Mas exclui-se a letra de câmbio endossada em branco. No estado atual do direito brasileiro, proibe-se a compensação quando se tratar de crédito oriundo de títulos ao portador, porque é difícil a verificação da época exata em que foram

entregues aos *r*

devedores do falido e convinha, evidentemente, que assim se estabelecesse, por ser possível terem sido adquiridos depois da falência para o fim de compensação. Mas, pergunta-se, não se dá isso quando se trata de título cambiário ou cambiariforme endossado em branco?

Pode dar-se; preferiu a doutrina apenas admitir, contra a compensação, ser feita a prova de o devedor ter adquirido título cambiário depois de conhecer o estado de falência do credor para aspirar à compensação. Não há razão forte que o justifique; o que em verdade se quis foi cumular mais esse privilégio cambiário. Tem-se de tratar como título ao portador o título endossado em branco. Sobre o assunto, Tomos XXIV, § 2.989, 3; XXVII, §

3.252, 9, e XXVIII, § 3.352, 2.

Cientificamente, seria fácil explicar-se a incompensabilidade, na falência, do crédito oriundo de título ao portador: não há pretensão do portador contra o subscritor e somente após a apresentação ela surge; ora, decretada a abertura da falência, seria injustificável compensar-se o crédito do falido com a divida que, ao se estabelecer a relação jurídica da pretensão, já estava depreciada pela decretação da abertura da falência. Não haveria concorrência dos respectivos valôres.

Fora da falência, é permitida a compensação, e são aplicáveis aos títulos inominados as regras da lei civil, no que não repugna à natureza deles. Em todo o caso, pode o subscritor estabelecer que não possa dar-se compensação (Código Civil, art. 1.015), pois que se lhe faculta renunciar prêvíamente a ela (art. 1.016).

9.APRESENTAÇÃO DE TÍTULOS Ao PORTADOR, QUE SE HAVIAM PERDIDO OU ESTAVAM

DESAPARECIDOS. Os títulos preatendidamente destruidos e que foram sub-rogados, se depbis aparecem, não podem ser pagos na apresentação, uma vez que houve a decisão do juiz após as formalidades do Código Civil.

art. 1.509, e do Código de Processo Civil, art. 341, isto é, a caducidade conseqúente ao lapso de tempo decorrido após publicação dos editais. Assim, também não precisa o subscritor exequir a prestação ao possuidor, ainda de boa fé, que lhe exiba títulos caducos,

primitivamente roubados ou perdidos, pois que precedeu o processo do art.

1.509 do Código Civil e dos arts. 336-341 do Código de Processo Civil, e o possuidor já tem posse insuscetível dos efeitos legais, simples posse do papel, a posse com aquele direito de apresentação qualificada, apresentação que constituiria o elemento deflagrador do nascimento da pretensão. Caducou: a sentença extinguiu, na cártula, os efeitos que a vontade do subscritor criara. Esse fato de haver título privado de todo conteúdo jurídico, embora com as aparências de bom, mostra dele nenhum efeito se irradiar. O papel caduco leva consigo declaração de vontade ineficaz, porque repelida do mundo jurídico, e servirá, talvez, à fraude, ao crime. Foi preciso, para garantia de outros direitos mais consideráveis, que se lhe destruísse o conteúdo jurídico. Sombras que caminham para enganar os vivos, como lhes chamou CESARE VIVANTE *(Traitato di Diritto commerciale, JJ~,* 3Y ed., 637), os títulos caducos são para o direito o que é o cadáver para a biologia. Lhes iludem, porque trilham as mesmas estradas que o título vivo.

Cumpre, ainda, advertir-se que, antes de qualquer sentença, o subscritor pode ter sido notificado para não pagar (Código de Processo Civil, art. 336, parágrafo único, a), e qualquer pagamento, que ele faça, é ineficaz.

T

CAPITULO VI

REGRAS LEGAIS SOBRE APRESENTAÇÃO DOS TÍTULOS AO PORTADOR

§ 3.703. Vencimento, apresentação e pretensão

1.TÍTULOS AO PORTADOR E VENCIMENTO. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo , constitui de pleno direito em mora o devedor (Código Civil, art. 960, alínea lA). Não havendo prazo assinado, a mora começa desde a interpelação, notificação ou protesto (art. 960, alínea 2A). Temos, pois, na lei civil, a regra *lhes interpellrzt pro homine.* Os títulos de apresentação escapam. ao princípio geral, e eis aqui um dos pontos em que mais se patenteia a exatidão da teoria que desenvolvemos. Os próprios adeptos de

explicações diferentes, ao examinarem as consequências e a época da mora do devedor, como que se convertem à dogmática adversária. Reconhecem, por exemplo, com E. S. PUCHELT, que se faz mister o pedido (?) prévio do credor, ou, com 1-1. BRUNNER, que é preciso interpelação *(Aufforderung)* e essa se efetua pela apresentação do titulo acompanhada da oferta de o restituir. O têrmo de vencimento é apenas o *terminus a que* para a apresentação do título, e nada obstaria a que nele se inserissem termos preclusivos, findos os quais se desobrigaria o devedor *(terniinus ad quem)*.

r

O direito do credor aos juros da mora não começa dr dia do vencimento do título ao portador, mas daquele em que o apresentou inútilmente: antes, portador de uma promessa, não tinha mais, pelo fato sua posse, do que direito de crédito ainda sem pretensão, Só a apresentação cria, para ele, a situação de um credor com pretensão e, para o devedor, que não quis, ou não pode pagar, a de inadimplente.

Dissemos que o devedor não é obrigado a *ir levar o* dinheiro, ou o que quer que deva, ao portador; mas não conduz isso ao corolário de dever sofrer os riscos do quanto destinado ao pagamento: fica-lhe o direito de depositar a soma indicada no título, a risco e despesas do possuidor desconhecido sem necessidade de nenhum aviso (cf. ARNALDO BRUSCHETTINY, *Trattato dei Titoli ai portatore,* 503), desde que, no dia do vencimento, não se apresente o título.

Bem que sedutoras, não exprimem a estrita verdade as palavras de H. HRUNNER, que vamos transcrever: “O

débito derivado do título ao portador é débito pelo qual o credor deve ir buscar, não um débito pelo qual o devedor deve ir levar”. Outra é a razão: o subscritor (ou sacado) não é obrigado a ir oferecer a prestação ao possuidor do título ao portador, porque, antes da apresentação, não é *obrigado.* A pretensão do credor ainda não nasceu.

Advertir-se-á que tal regra jurídica excluiria do número dos títulos de crédito em que o devedor não vai pagar todos os títulos nominativos. A razão é outra, diversíssíma: desses , só os títulos cambiários e os endossáveis dispensam ao devedor o *ir* prestar o devido; e o fundamento, que há, todo se tem na negociabilidade do título sem intimação do devedor, O tomador de título cambiário nominativo transfere-o por endôsso, ou pode transferi-lo por endôsso, e a finalidade do título, a função, opera no órgão aquela anomalia da

incluéncia , por parte do devedor, da transmissâo do crédito. Cremos que ficaram bem claras as razões, díspares, de serem dividas que o credor vai cobrar as dos títulos ao portador e as dos títulos nominativos cambiários ou cambiariformes. Quanto aos demais títulos endossoveis , o princípio é o mesmo, salvo *ler specialis.*

Débito em que o credor deve ir receber pode mudar-se em débito em que o devedor deve ir pagar ao credor, assim como dívida dessa categoria se pode mudar em dívida daquela. Melhor o dizem dois exemplos: incorporado o empréstimo, o devedor convida os credores e, se não aparecem, deposita a quantia; inversamente: o devedor de hipoteca deve oferecer a prestação dos juros ao credor, mas, se a reduz a letras hipotecárias, ao credor incumbe procurar os interesses.

Não o crédito, mas só o exercício do crédito é ligado à apresentação do título, diz H. BRUNNER: o crédito existe *já,* antes da apresentação; os interesses correm sobre a importância dele, antes de se exibir o título, e a prescrição do crédito não se deve calcular da apresentação, mas da termo do vencimento, como momento da *adio nata.* Se bem examinamos o fato jurídico, a figura do título ao portador, verificamos o que há de verdade e o que não há de verdade nos dizeres de H. BRUNNER. Há o crédito em relação ao subscritor, antes de se exibir o título. Não há a *pretensão* . Não há, portanto, a obrigação. A obrigação de ir pagar é nenhuma, porque ainda não há obrigação.

Não se pode pensar em *mora. solvendi.* E tanto não há pretensão, mas direito de apresentar, que os juros se contam não do vencimento, nem de qualquer interpelação ficta mas em virtude de cláusula expressa aposta à promessa do subscritor. Os juros são ai tão independentes da quantia principal que podem assumir, de si só, o caráter de títulos ao portador, como em verdade são os *cupões.* Existe crédito, certamente, mas a pretensão só tem existência potencial. Não o exercício, mas a pretensão mesma está ligada à condição de apresentação do título.

No ativo do portador lança-se o valor: título n. 822 da Companhia, Cr $10.000,00; e no passivo do subscritor: titulos ao portador, Cr $10.000.000,00, um dos quais será o n. 822. Ora, ver entre tais sujeitos relação juridica de *obrigação* não é ver a realidade, mas tresver; não é procurar o veio de verdade, mas fugir, deliberadamente, à positividade dos fatos circunstantes; divorciar a forma e a matéria dos conceitos; negar a política de eficácia das declarações de vontade como princípio de regulamentação unitária.

2.PRESCRIÇÃO E FRECLUEXO. (a) Alegar-se que a prazo de prescrição

começa desde o têrmo e assim só ao exercido e não à pretensão se liga a condição de apresentação do titulo, coisa é que carece de significação *t mica* e lógica. Prescrevem, indistintamente, pretensões e ações. O fato de se iniciar do *venci me ido* o prazo prescripcional e não da *apresentação* de titulo ao portador, mostra apenas que se prefixou tempo pan o exercício do direito. Desde que, com a posse, nasce o crédito e nasce a apresentabilidade, a inércia dá principio ao prazo de prescrição: primeiro, porque assim ocorre às pretensões, quaisquer que sejam; segundo, porque, se o portador apresenta o título (vale dizer: exerce o direito de apresentar) e exige o pagamento, sem que lho satisfaça o subscritor, é da apresentação que se conta o lapso.

Chegamos ao *punetum dolieris.* Há a prescrição da pretensão à apresentação, ou, noutros termos, pela falta de exercicio do direito de apresentação; e a prescrição da pretensão que nasce com a apresentação. A apresentação do título ao portador não interrompe o prazo de prescrição que começara do vencimento. Outra pretensão já surgira, que se prende á apresentação, exercício de direito.

r

(Se foi preestabelecido prazo para que o portador apresentasse o título, com a sanção de caducidade, o. prazo é preciusivo, e não prescripcional.)

O momento da *acUo nata* é o vencimento, mas isso não contradiz a teoria: a apresentação é necessária como expressão da atividade do portador, pois a declaração unilateral do subscritor já é vinculativa por lei; a apresentação cria a relação jurídica de obrigação, que não existia. Opõem alguns que se pode exercer a ação sem que se necessite de prova documental da apresentação; mas sem razão: a propositura da ação não é menos ato de apresentação pelo portador. Aliás, o próprio H.BRUNNER reconhecia que a apresentação sem êxito é elemento da ação, cuja origem se liga ao fato de se ter apresentado em vão o título, e de todas as ações que se fundem na mora do subscritor. Não se faz mister ir muito longe: basta pensar-se no protesto do direito cambiário, a que já em 1339 se chamava *instrurnentum praesentationis, requisitionis et protestationi.s.*

(b) Histêricamente, os cupões de juros do empréstimo brasileiro de 1879 merecem menção especial: fazia-se o pagamento nos primeiros dias dos meses de janeiro, abril, julho e outubro, na Caixa de Amortização, nas Delegacias Fiscais do Tesouro Federal na Bahia, em Pernambuco, no Pará, no~io Grande do Sul e em São Paulo, e nas

agências criadas pelo govêrno em Londres, Paris e Lisboa (Decreto n. 9.370, de 14 de fevereiro de 1885, art.

96) ; oito dias antes de se vencerem os juros, seriam apresentados á repartição competente os cupões, por ordem numérica, e acompanhados de declaração assinada pelo portador dos títulos; em troca dar-se-ia bilhete ou conhecimento, em que se determinasse a quantidade de cupões recebidos e a importância que representavam (art.

97) se os cupões não oferecessem dúvida, proceder-se-ia ao pagamento em ouro, ou em moeda papel, segundo as regras juridicas do Decreto de 19 de julho de 1879 e da Ordem n. 81, de 5 de fevereiro de 1880 (art. 99) ; satisfar-se-ia, em qualquer tempo, a importância dos juros relativos a trimestres atrasados, preenchidas as formalidades do dispositivo anterior (art. 99). Tais normas foram consolidadas no Decreto n. 6.711, de 7 de novembro de 1907 (serviço da dívida pública).

Por ocasião de se pagarem apólices do empréstimo de 1879,: descontava-se a importância equivalente a qualquer cupão de juro ainda não vencido, que tivesse sido contado (Decreto n. 9.370, de 14 de fevereiro de 1885, ad. 103).

De modo que o portador de um cupão que se separou da apólice do referido empréstimo tinha todas as garantias de recebimento, ainda que a apólice fosse resgatada.

(c) A prescrição “opera contra o desconhecido portador do título”, escreveu CEsARE VIX‟ANTE *(Trattato di Diritto commerciale,* ~ 33 ed., 657). O conceito de prescrição está aí invertido em relação ao poder apresentar; desnaturou-se completamente; insinuou-se-lhe até o cerne a deturpação conceptual; poluiu-o. “Prescrição operar contra alguém” constitui linguagem do mais requintado metafisicismo; e algo semelhante As frases seguintes: levou-o à morte, está a malária a fazer vítimas; a epidemia ceifa vidas~ todos os dias. Um corpo morre, não é a morte que o mata, porque a morte é conceito abstrato, mera noção de entidade, dessas que constituem a herança subjetivista.

À data do vencimento começa a possibilidade de ser *apresentado* o título ao portador. Se não se deu prazo para a apresentação, há prazo prescripcional. Se se fixou prazo, o prazo não é de prescrição, mas sim *prazo preclusivo.*

O prazo pode ser implícito (bilhetes de teatro, passagens para

determinado dia ou semana, entradas para festas).

Aí, há morte do direito~ e da pretensão, e não prescrição. Desde que há prazo preclusivo, perde o título ao portador, transcorrido o tempo, tôda a sua eficácia (J. E. KUNTZE, *Die Lehre von der Inhaberpapieren,* II, 648).

A pretensão contra o subscritor supõe o exercício do direito de apresentação, dentro no prazo; do dia da apresentação em diante é que se conta a prescrição, sempre que se exibiu o título. Se não se exibiu no prazo fixado, morreu o direito. Se não há prazo preclusivo, do vencimento conta-se prazo prescripcional. Apresentado, nasce a pretensão, que se submete a nôvo prazo prescripcional.

O Código Civil alemão, § 801, estatui: "A pretensão que deriva de escrito de obrigação ao portador extingue-se com a expiração de trinta anos que seguem à época fixada para a prestação, quando não se apresentar o título ao emissor antes da expiração dos trinta anos. Efetuada a apresentação, a pretensão prescreve em dois anos a partir do último dia do prazo de apresentação. Assimila-se à apresentação o exercitar-se, em juízo, a pretensão derivada do titulo. Para os cupões de juros, de rendas e de dividendos, o prazo de apresentação é de quatro anos. O prazo começa com o fim do ano no qual entra o tempo fixado para a prestação. A duração e o têrmo inicial do prazo d~

apresentação podem ser determinados diferentemente, no titulo, pelo emissor".

Daí concluírem os intérpretes pelo caráter peremptório e inderrogável do têrmo trintenal.

(d)A lei civil brasileira e, bem assim, a lei comercial brasileira não cogitaram de regras jurídicas especiais para a prescrição ou a preclusão referente ao titulo ao portador. Temos, pois, de recorrer aos princípios gerais. Há o prazo para os títulos civis (Código Civil, art. 177) e o prazo para os títulos comerciais (Código Comercial, art.

442), salvo aqueles a que leis especiais criaram prazos maia curtos, como se dá com a letra de câmbio (Lei n.

r

2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 52), pois estabeleceu-se para a ação cambiária contra o sacador, contra o aceitante e contra os respectivos avalistas o lapso de cinco anos; contra os endossantes e

respectivos avalistas, o de doze meses.

A natureza civil ou comercial do - titulo determina, de regra, a prescrição; mas as pretensões oriundas dos cupões de juro. e em geral as pretensões aos juros, ou a quaisquer

outras prestações acessorias pagáveis anualmente, ou em períodos mais curtos, prescrevem em cinco anos (Código Civil, art. 178, § 10, III; J. AUTUEI?, *Titres au Porteur,* 485). Os títulos da União, do Distrito Federal, dos Estados-membros ou dos Municípios têm, para prescrever, o tempo de cinco anos (Código Civil, art. 178, §

10, VI).

Cumpre ainda notar-se que prescrevem em um ano, se a obrigação foi contraída no Brasil, ou, se no estrangeiro, em três anos (Código Comercial, art. 447), contando-se da exeqúibilidade, as ações resultantes das letras de dinheiro a risco ou seguro marítimo que, conquanto não possam ser ao portador, se transferem por endósso e esse pode ter sido em branco (Código Comercial, art. 635).

(e)A ação oriunda do cheque está sujeita ao direito cambiário, que subsidia a Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, em virtude do ârt. 15. Não se confunda, porém, a prescrição das ações do cheque com o prazo de apresentação ao sacado, o que só se podia dar dentro em um mês, se passado na mesma praça em que tem de ser pago, ou em cento e vinte dias, se proveniente de outra, prazos que foram, originariamente , bem curtos (cf. Lei n. 2.591, art. 4.0). A Lei n. 2.841, de 31 de dezembro de 1913, art. 73, disse: “O cheque deve ser apresentado dentro do prazo de um mês, quando passado na praça onde tiver de ser pago, e de cento e vinte dias corridos em outra praça (idem, a Lei n. 2.919, de 31 de dezembro de 1914, art. 30, § 90; Decreto n. 22.393, de 25 de janeiro de 1933, artigo único). É

preciso não se confundir esse prazo com o da prescrição. Nem o sacado pode ser subjetivamente assimilado ao subscritor. Ésse emitiu. E o sacado? Se não foi apresentado, não se formou relação jurídica *obrigacional* em que pudessem ser sujeitos, respectivamente, ativo e passivo, o portador e o sacado. Em verdade, o sacado, e *x hypothesi,* não se obrigou:

não há contra ele pretensão. Mas advirta-se ainda em que o portador que não apresenta o cheque no devido prazo, ou deixa de protestá-lo por falta de pagamento, perde a ação regressiva contra os endossantes e avalistas, e contra o emitente, se esse tiver, ao tempo, suficiente

provisão de fundos e essa deixar de existir, “sem fato que lhe seja imputável”.

Apresentado o cheque, nasce, se há provisão, a pretensão do portador contra o sacado.

A Lei n. 2.841 só vigorou durante 1914 (Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, art. 5.0) Discutiu-se no Instituto da Ordem dos Advogados se a Lei n. 2.841, que foi orçamentária, podia reputar-se vigente de 1915 em diante. A questão era delicada: primeiro, porque, então, era vício arraigado e chocante a inserção de regras jurídicas nos orçamentos; segundo, porque, preferível ao que havia, a Lei n. 2.841, que era mal feita (art. 73), deu ao Brasil a possibilidade de usar o cheque da praça de Manaus, por exemplo, para a de Pôrto Alegre. Entre duas regras jurídicas, teve, contudo de prevalecer a pior. Verdade é que não reproduziram o art. 73 as outras leis orçamentárias ; e bastou isso para se reputar derrogada a Lei n.2.841, em parte que só misteriosamente se inseriu nela. Na Lei n. 2.591, art. 4~0, fixava-se: “O cheque deve ser apresentado dentro de cinco dias, quando passado na praça onde tem de ser pago, e de oito dias, quando em outra praça. Não se conta no prazo o dia da data”. A respeito da necessidade de prazos mais amplos que os da Europa, dizíamos nós, em discurso no Instituto da Ordem dos Advogados, segundo o resumo dos jornais, que fielmente reproduzimos: “O Brasil não tem a pequena extensão dos países europeus: se em çinco ou oito dias atravesso a Europa, não posso em quatro ir além do Recife, nos nossos navios, nem em trinta dias ao Acre. E as leis devem atender às circunstâncias; tem sido defeito nosso copiar certas coisas, sem as adaptar, e a providência do Congresso foi de real acêrto. Quanto a ser necessário prazo para apresentação, não se diga que é “essencial” e característico do cheque; porque tal apresentação é de mister na letra de câmbio, documento, como ele, de apresentação. Apenas éde mister ser menor, porque importa precaução “aconselhada” pelo fato de ser possível o levantamento da provisão. Mas esse prazo pode ser de cinco, dez, vinte, trinta dias, um ano, e nem por isso o cheque deixaria de ser cheque. O Brasil é que não quer, não deve, não pode, nos congressos internacionais, aceitar o prazo de cinco ou de oito dias. Seria sacrificar o comércio do pais, em beneficio de prazo que atendeu às comunicações e pequenas distâncias da velha Europa. que surgiu a Lei n. 2.591, de „7 de agôsto de 1912, RODRIGO OCTÁVIO achou curto o prazo, porque tornava “literalmente impossível a emissão legal de cheques no Brasil, em relação a uma grande porção de suas praças”. Tanto não é essencial ao cheque tal prazo mínimo (mas um prazo lhe é de mister. como a outros títulos), que não deixa de ser cheque se nao fo~ apresentado. Pela falta de

apresentação como pela falta de protesto, o que o portador perde é a ação regressiva contra os endossantes e avalistas e só perderá contra o emitente, se esse tinha, ao tempo, *r*

suficiente provisão de fundos e essa deixou de existir, sem fato que lhe fosse imputável (art. 5~0). Nisso difere a lei vigente do Decreto n. 1.083, de 23 de agôsto de 1860, art. 1.0, § 10, que estabelecia o perdimento do direito regressivo do portador contra o passador. Andaria bem acertado o Congresso se aumentasse o prazo, como aumentou; o que lhe noto de injustificável é correrem tantos dias na outra praça: ou devia ser exíguo o prazo, se contado na "outra" praça, ou ser o de cento e vinte dias, por exemplo, mas então contados da data da emissão.

Quanto aos cheques de outra praça omitiu o colega os prazos que são assaz elásticos e variáveis . Diz a Lei inglêsa do Cheque, art. 74: "Quando um cheque não é apresentado a pagamento em prazo razoável de sua emissão e o sacador ou aquele por conta de quem foi sacado, tinha direito, no momento da apresentação, ao pagamento pelo banqueiro, e sobreveio com esse retardamento prejuízo real, fica liberado até a concorrência do prejuízo, isto é, até a concorrência daquilo de que é credor junto ao banqueiro, além do que seria se pago estivesse o cheque". Para determinar o que se há de entender por prazo razoável "devem ter-se em conta a natureza do título, os usos do comércio *e* dos bancos e as circunstâncias particulares". Até as circunstâncias particulares! Tudo isso foi omitido ao parecer da comissão especial do Instituto. Na *Zeitsehrift flir das Privatunil 61 ferttliche Recht,* 37(1910), 365

s., há excelente trabalho de RAUDNITZ: Das Scheckrecht in den Europãischen Staaten. E dentre as minhas notas, relativas ao referido artigo, inserto na revista de GRÚNHUT, encontro a enumeração dos "requisi tos essenciais" do cheque. E são eles, segundo RAUDNITZ: 1) a capacidade ativa de emitir; 2) a capacidade passiva de saque;

a denominação "cheque"; 4) a assinatura do emitente; 5) a data; 6) a indicação da quantia sacada; 7) a disponibilidade da soma; 8) a ordem de prestar o indicado; 9) o lugar da prestação. Dentre os requisitos essenciais não está o do prazo. Por quê? Porque o cheque não deixa de ser cheque pelo fato de não ter sido apresentado, como a cambial não deixa de ser cambial pelo fato de não ter sido apresentada, ou de não ter sido protestada. O

que se perde é a ação regressiva; e se outro efeito lhe dão algumas leis todo ele deriva do direito objetivo, e não da natureza do cheque. Da Lei alemã, de 11 de março de 1908, a que se chama "Reichs-Scheckgesetz", citou o colega somente a primeira parte do § 11, relativo aos dez dias para os cheques do interior; e não tocou no cheque para o exterior, isto é, § ~ 2.~ parte, onde se deixa ao Conselho Federal a determinação quanto aos cheques emitidos no estrangeiro e pagáveis no Império e pelos emitidos no Império e pagáveis no estrangeiro, enquanto as leis estrangeiras não fixarem o têrmo de apresentação. Em deliberação de 19 de março de 1908, o Conselho Federal alemão fixou: três semanas, para os Estados europeus; dois meses, para os Estados Unidos da América e outros Estados da América setentrional. E três meses para todos os demais. No México, para os cheques contra outra praça contam-se dias, um por 100 quilômetros, isto é, se quisermos aplicar a lei mexicana no Brasil, pois que as extremas brasileiras são de 4.807 quilômetros e 4.887, teremos que um cheque emitido no extremo sul para o extremo norte deveria ser apresentado, não no oitavo dia, como era na lei brasileira, mas no quadragésima quarto dia, e um cheque do extremo leste para o extremo oeste, não no fim de oito dias, mas também de quarenta e quatro dias. Evidentemente não cogitou dessas verificações o parecer. quando afirmou o "absurdo" da lei brasileira, que apenas pretendeu acudir à necessidade de ajustar as regras jurídicas legais às exigência~

geográficas como fez a Alemanha com é prazo de dez dias para o interior e variável para o exterior, como fez o México, como fez a Áustria, como queria para o Brasil RODRIGO OCTÁVIO, se tomarmos em conta o que escreveu no seu livro *Do Cheque,* 77. Para responder ao "questionário". preparatório do Congresso Internacional da Haya, nomeou-se?

na Itália, comissão chefiada por CESARE VIVANTE e nas respostas encontra-se a de n. 16, devida a O.

BONELLI, em que aconselha atender-se ao seguinte na fixação do prazo de apresentação do cheque: a) sobre o mesmo lugar; *b)* sobre outro no mesmo Estado; *e)* sobre Estado limitrofe; cl) sobre Estado não-limítrofe; *e)* sobre país transoceánico ou de outro continente. E queria-os respectivamente, de cinco, oito, dez e quinze dias e de dois meses. Prova-nos isso que os próprios limitadores são obrigados a reconhecer a necessidade de alargar os prazos> Porque em verdade não é menos necessário o cheque sobre o Japão que o cheque sobre o Paraguai, o Uruguai e a Argentina. Mas é vício europeu somente ver a Europa (e Od Brasileiros europeizantes sofrem do mesmo mal), dai

não atinarem em que o prazo para o mesmo país, quando ele é a pequena e laboriosa Suíça ou a simpática e gloriosa Itália, não pode ser o mesmo para o Brasil que, somente de costa marítima tem cêrca de 7.920

quilômetros. Se quiséssemos fixar prazos atendendo às praças nacionais e às estrangeiras, teríamos de fixar para o cheque sabre Londres ou Paris, sobre Lisboa ou sobre Berlim, prazo menor do qu&r para o cheque tirado do Recife sobre Goiás ou de Santana do Livramento sobre o Acre. Nada de meia-ciência, de idéias e frases feitas, nem de sacrificar os nossos legítimos interesses e os sãos princípios sociológicos do direito a preconceitos de certos juristas estrangeiros (quase sempre políticos, que mal sabem a geografia da América), muito cônscios da *r*

sua autoridade, pela passageira, decorativa, inexpressiva e inócua comparência aos congressos intergovernamentais, que é o que são eles, tão divorciados andam sempre da tranqUila ciência de cada um dos respectivos países". Na última sessão em que discutimos o assunto, tôda favorável nos era a opinião e o próprio opositor e relator do parecer conveio nas considerações que havíamos expendido.

(f)As loterias costumam declarar que os prêmios "prescrevem em seis meses", "um ano", "dois anos~". É simples

apresentação: se dentro dele se exibe o bilhete para pagamento, não fica sem valor, expirado o prazo, se não o paga a Companhia; se não for apresentado no curso do período prefixado, nenhuma eficácia jurídica tem mais o bilhete. O prazo de apresentação constitui condição para continuar a vincularidade mesma da promessa; o que muito difere da prescrição da divida, que, nascida com a apresentação, só se ultima no prazo legal ordinário.

se o título ao portador é pagável à vista? Foi dito que o prazo não pode decorrer senão da apresentação (ARNALDO BRUSCHETTINI, *Trati ato dei Titoli ai portatore,* 516), salvo, está visto, o que concerne a títulos que se regulem por alguma regra jurídica especial. Faz-se mister concretizar as soluções. Teríamos em suma duas hipóteses: se o portador do título pagável à vista não o exibe, não corre contra ele a prescrição, salvo se há prazo de apresentação, ou se o devedor pratica algum ato que se possa considerar interpelação judicial dos portadores; se o portador o exibe, começa a decorrer a prescrição desde o dia em que o faz. Puro absurdo, O que se prega.

Prescrição é modo de *encobrimento,* e não de aquisição; não se exige

outro elemento, além do não exercício, que o tempo, e esse decorre desde o dia da exigibilidade, desde, portanto, que se emitiu o título, data que se presume ser a do papel, mercê da natureza dele. Pensar contràriamente seria admitir dividas imprescriptíveis; e o Código Comercial, art. 137, acertadamente evitou os próprios créditos sem prazo, quando disse: "Tôda obrigação mercantil que não tiver prazo certo, estipulado pelas partes ou marcado neste Código, será exequível dez dias depois de sua data". Não é esse o caso do título à vista, de cujo prazo se sabe o início, que é o dia em que se datou, mas não se sabe o final, pois não se lhe fixou, *ex hypothesi,* prazo extintivo da apresentação (CORREIA TELES, *Diqesto português,* 1, Add. ao art. 1.297, 191: .... . porque se uma obrigação sem dia, em que todos os dias se pode pedir pagamento, prescreve por trinta anos, não obstante ser contínua.. ."). Como o prazo de prescrição corre da data em que a ação poderia ser proposta (Código Civil, art. 177), tira-se perfeitamente que o lapso se inicia do dia marcado no título e se interrompe pela apresentação, porque o primeiro período concernia a prescrição ao tempo do direito decorrente da promessa, que era, justamente, o de apresentar, e o segundo pertence a nova ordem de coisas.

que é a relação jurídica de pretensão entre o subscritor e o apresentante.

O direito brasileiro não conhece títulos ao portador irresgatáveis, salvo aqueles títulos da dívida pública a que o legislador confira essa perpetuidade um tanto destoante do senso jurídico. As próprias debêntures têm de ser reembolsáveis; não se aplica no direito brasileiro o que franceses e italianos escrevem sobre os títulos inexigíveis, porque não os temos.

Mas as ações de sociedades, dir-se-á, não podem ficar sujeitas às mesmas regras. A admoestação não tem razão de ser: se de prazo determinado, o lapso começa da data prefixada, quando não se prorroga; se de prazo indeterminado, com a dissolução está iniciado o período para se exigir.

(g) ~Quem pode invocar a prescrição do título ao portador? O devedor ou seus sucessores, os credores, o que prestou a caução, o avalista ou abonador, todos os que dela direta ou indiretamente se aproveitariam, podem opor a prescrição

(R.TROPLONO, *De la Presoription,* 1, 124; J. AUDIER, *Etude* sui- *les Titres au porteur,* 474; Código Civil, art.

162), em qualquer instância. Os credores concursais podem alegá-la. ainda que discrepe o devedor. Em nosso direito, as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição e podem invocá-los sempre que lhes aproveite (Código Civil, art. 163).

(h)O prazo da prescrição da obrigação derivada da declaração unilateral contida nos títulos ao portador, para os quais não haja lei especial (a comercial, por exemplo), ou prazo de apresentação, é o ordinário (Código Civil, art.

177) para os juros, rendas, dividendos e semestres, cinco anos. É absoluto o prazo num e noutro caso, porquanto, para o subscritor, o credor ainda é incerto (= ignorado). (Cf. KOHLHAAS, Zum Entwurf eines búrgerlichen Gesetzbuchs [Schuldverschreibung auf Inhaber], *Archiv fiji- die civilistische Praxis,* 73. 216; GERHARD

SCHMIDT, *Der Begriff des Wei-tpapiers,* 85). Ainda não se deu a apresentação que poderia criar relação jurídica de obrigação entre ele e alguém. A indeterminação e, melhor diríamos, a ignota subjetividade ativa da dívida oriunda da declaração unilateral de vontade, é que torna absoluto o prazo, e não o fato de ser preclusivo, o que só a lei especial estabelece. Apresentado o título, a pretensão nasce e,se não foi pago, começa de contar-se o prazo prescripcional com as mesmas eventuais vicissitudes dos demais créditos. A todas essas mínimas questões dá a teoria satisfatória solução, o que consituti a comprovação prática necessária às construções dogmáticas, em qualquer ciência. Se o portador A exibe o título e depois o entrega à circulação, sem que exigisse o pagamento *r*

pelos meios judiciais, duas hipóteses surgem: ou apresentou a cártula, e cobrou, mas o devedor não quis ou não pôde pagar, e então a transferência do título importa obliteração do ato e dos efeitos, algo de renúncia: ou apresentou e não exigiu de fato, e então houve mero aviso ou expediente estranho à vida do título, o que não poderia entravar o curso da prescrição ou do prazo preclusivo concernente ao direito de apresentar.

absoluto o prazo, mas, com a apresentação, nasce a pretensão, e começa outro, que será relativo. A preclusividade depende da lei; na espécie, é da natureza do titulo que se deriva o caráter absoluto do lapso de prescrição. Qualquer ato que se pretendesse interruptivo seria *apresentação.* Talvez haja outro prazo concernente a outra relação jurídica; tanto assim que, pôsto em circulação o título pelo apresentante, continua o tempo como se tradição não tivesse havido.

Para a contagem do tempo, durante a fase anterior à apresentação, observam-se as regras gerais (li. DERNBURG.

Das Burgei-liche Recht, ~ ~, „IA edição, 422, nota 2), exclui-se o dia do comêço e inclui-se o do vencimento (art.

125). Se esse cai em dia feriado, considera-se prorrogado o prazo até o seguinte dia útil (art. 125, § 1.0).

No período que medeia entre a subscrição (ou vencimento) e a apresentação não operam as chamadas causas impeditivas ou suspensivas da prescrição. Nenhuma aplicação tem a regra jurídica *Ágere non valenti mm currit praescriptio* (GERHARD SCHMIDT, *Der Begriff des Wertpa.piei-s,* 84 s.) -Em nada pode interessar ao subscritor o estado de alguém que não é sujeito *percebido* como na relação jurídica de dívida em que ele o é passivo.

Durante a providência do Código Civil, art. 1.509, não se interrompe a prescrição; salvo, talvez se diga, em favor do reclamante, mas sem razão: se vencido o titulo, isto é, exigivel, então vale apresentação a intimação do referido art. 1.509; se somente depois dela se vence o título, relação jurídica de obrigação entre eles existe e, como somente com o titulo pode receber o quanto, os atos praticados devem reputar-se apresentação. Mas são errôneas tais conclusões. Se não vencido o título, não existe relação jurídica de obrigação, entre eles, tanto assim que o devedor apenas fica na iminência de fornecer novos títulos; trata-se de questão entre portadores em que a intimação do subscritor constitui mero expediente acautelador. Se, durante o processo, tem de expirar o prazo de apresentação, deve o interessado requerer a intimação do subscritor para o depósito da quantia devida.

§ 3.704. Principio da inoponibilidade de objeções e exceções aos possuidores de boa fé 1.CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS. Até aqui deixamos que o próprio raciocínio, aplicando a teoria adotada, fosse, aos poucos, dominando a matéria das *defesas.* A inoponibilidade das objeções e exceções, constituindo um dos fatos mais notáveis da vida do título ao portador e dos demais títulos negociáveis, estava a reclamar-nos maior desenvolvimento.

Dois assuntos devemos considerar: o princípio da inoponibilidade das objeções e exceções aos possuidores de boa fé e as objeções e exceções a que o princípio se aplica. O exame das teorias facilita o estudo do primeiro. À

exposição do segundo é indispensável a análise de cada uma das

objeções e exceções .

A existência de principio da inoponibilidade é *questão de direito.* Existe. A prática e as lei so mostram. Como explicá-lo?

As teorias têm procurado alcançá-lo, sem grandes resultados.

2.DISCRIMINAÇÃO DAS OBJEÇÕES E DAS ExCEÇÕES. As objeções e as exceções oponíveis pelos subscritores de títulos ao portador são de duas espécies: ou *objetivas,* isto é, conternentes à forma do título, à prescrição, ao prazo inicial ou final para a apresentação, à amortização do titulo, ou à incapacidade do subscritor; ou *subjetivo-a,* quando se referem à pessoa do exibidor, ou sejam a exceção *tw"n numei-atat pecuniae* e outras que se subsumem, como essa, no gênero exceção *ex causa.*

As principais *objeções subjetivas* e as principais *exceções subjetivas* são as seguintes: a)Objeção de inexistência originária ou superveniente da causa da obrigação ou ilicitude da causa.

b)Exceção de pagamento efetuado.

c)Alegação de compensação, remissão ou de qualquer outro efeito liberatório.

d)Exceção de prorrogação do vencimento da obrigação.

e)Exceção de má fé *(ex ceptio dali),* por saber o exibi-dor da inexistência ou ilicitude da causa na transmissão do título do subscritor a outrem ou ao próprio exibidor.

f)Exceção de defeito na representação por parte de quem exibe.

g)Exceção de incapacidade do credor para receber ou da sua falência.

h)Objeção de defeito ou vício de vontade do subscritor no assumir a obrigação ou no emitir ou transmitir o título.

i)Objeção de homonímia.

r

j)Exceção de insuficiente legitimação.

3.ABSTRAÇÃO E CAUSA; OBJEÇÕES E ExCEÇÕES SUBJETIVAS. A abstração do título logo afasta a oponibilidade da objeção a) relativa à causa.

As exceções b) e c) só àquele com quem se tratou podem ser opostas: entram na classe das exceções que

"consistem em direito pessoal do subscritor, ou emissor, contra o portador" (Código Civil, art. 1.507). Advirta-se, porém, que, no direito brasileiro, a compensação não é exceção (cf. Tomo XXIV, § 2.969).

Ao portador de má fé em relação ao subscritor, o subscritor pode opor quaisquer exceções. Entrar na indagação da causa ou validade da aquisição por parte do portador, na série dos possuidores, isso se veda ao subscritor. Se o faz, obra a próprio risco.

A exceção d) concerne à prorrogação e à validade dessa:

nos títulos inominados, depende do teor do próprio titulo, ou do programa.

Quanto ao defeito na representação, por parte do apresentante, foi questão de que já tratamos, a propósito do art.1.505, por dizer respeito ao direito cartular ou de apresentação. Também da incapacidade do subscritor já se falou. A homonímia nada tem com o nosso problema: não se indaga se quem aponta tem o nome A ou o nome B, salvo para documentação. A insuficiente legitimação reduz-se à própria indagação teórica da natureza do título ao portador, porquanto, neles, necessária e insuficientemente legitimado é o próprio apresentante.

Algumas defesas h) só se podem opor ao portador de má fé. Má fé, note-se, quanto à razão da exceção.

Advertência, essa, que não é escusada, porque, não obstante ser êrro crasso, não raro vemos confundirem-se a má fé em relação ao subscritor, que abre portas às exceções desse, e a má fé do portador na série das posses, assunto à parte e estranho à defesa do obrigado ao portador.

A matéria da nulidade ou da anulabilidade por incapacidade do subscritor já foi tratada.

4.FUNDAMENTO E RAZÃO DA INOPONIBILIDADE. Não é só aos títulos ao portador que concerne o princípio da inoponibilidade de

certas objeções e das exceções. Entre os chamados títulos de crédito, há distinções quanto ao regime legal, porém não é aí que se devem procurar.

A questão de saber a que se deve a inoponibilidade, histôricamente, escapa ao problema da justificação do princípio ou, sequer, da sua natureza. Em todo o caso, é crescente a intervenção da lei, do Estado, da sociedade, na proteção dos interesses objetivos ou subjetivos do público.

Omesmo não se pode dizer da que concerne à existência ou não do direito de cada possuidor. Afirmar que os possuidores são titulares sucessivos de direito, que nada têm com os elementos pessoais dos possuidores antecedentes, e que as exceções pessoais aos que antes possuíram o título não podem ser opostas pelo subscritor ao apresentante, vale o mesmo. São duas faces do problema.

Procurar ver, no princípio, renovação dos velhos principios, adaptando-os às novas condições da vida, foi o caminho que tomaram quase todas as teorias, de que vimos, fadamente, o fracasso. A verdade está do lado daqueles que buscaram mostrar a novidade do fato, subsumido, já se vê, em fatos mais gerais da vida jurídica, em princípio maior, que éo da função. protectiva da lei.

O trato doutrinário não pode esgotar as defesas e exceções, oponíveis, ou inoponíveis, nos títulos negociáveis, aos portadores. Por isso mesmo, o princípio, em si, deve ser induzido, para que a ele se recorra, quando, ao contacto com a vida, se tenha de decidir a espécie. Tanto mais importante se nos mostra quanto se saiba que, não raro, os tribunais hesitam em ir a todas as consequências legitimas da inoponibilidade de certas objeções e das exceções.

Para não precipitarmos o assunto, citemos o exemplo dos endossos falsos. Não raro, vemos, diante deles, vacilarem os juizes, temendo reconhecer aos portadores ulteriores direito independente, imune, inteiramente livre da irregularidade da transmissão.

Não só. Se acontece, durante a circulação, voltar ao cofre do sacado, ou do subscritor do título ao portador, a cártula, que girava, por vezes os assalta a dúvida quanto à inoponibilidade da exceção de confusão.

Por que tudo isso?

Porque não se aprofundou a razão de ser da própria inoponibilidade, e os mais dos escritores se satisfazem com a enumeração, ou exame, mais ou menos casuístico, das objeções e das exceções. Junte-se a tal

fato o de ser realmente controverso um ou outro ponto, e compreender-se-á a magnit‟ de do estudo da teoria geral da inoponibilidade de certas objeções e das exceções.

Entre as dificuldades, uma, sobretudo, surgiu. Foi a criada pela própria confusão entre duas afirmativas: primeira, a de ser criador de pretensão q ato do portador apresentante, qualquer que ele seja, na série dos possuidores; segurada, a de haver o vinculo entre o subscritor e cada um dos possuidores sucessivos, porquanto só assim se explicaria a autonomia do direito de cada um deles. Aquela é verdadeira; essa, também. Porque unilateral é o *r*

negócio jurídico; não o pode ser a relação jurídica.

O direito de cada possuidor, o *jus exhibendi,* é direito, no sentido de ser conteúdo de relação jurídica autônoma, a que se não pode contagiar a defesa relativa aos possuidores antecedentes. Quanto ao subscritor, cada possuidor é credor e o seu direito não é restrito àquele direito de apresentação, a que nos referimos.

No que se reporta ao subscritor, o direito de cada possuidor é direto, e assim se pode construir o princípio da inoponibilidade.

O portador não cede o seu crédito quando transfere a posse. *Á fortiori,* quando a perde e outrem a adquire, inclusive quando é esbulhado e terceiro se faz possuidor de boa fé e adquire o crédito, legitimando-se perante o subscritor. O pleno poder, que ele tem, só se refere à circulação da promessa unilateral.

Cada possuidor, no momento mesmo em que alguém se torna tal, é pólo da relação jurídica *de crédito* não ainda *de pretensão* como o é, passivamente, o subscritor.

Tem-se dito que a teoria unilateralística pura se evidencia a única apta a dar suficiente explicação ao princípio da inoponibilidade. Por um minuto admitamos que assim seja. ~Que é que nos afirma tal teoria? Afirma-nos, simplesmente, o seguinte: quando subscrevo título ao portador, crio, por mim e só de mim, a minha obrigação; eu mesmo me obrigo, porque, para me obrigar, como para quebrar o meu tinteiro, não preciso de outra pessoa que de mim mesmo. Antes de qualquer contacto com outrem, nasceu a obrigação; por isso, é autônomo o direito de cada um dos possuidores. O próprio gatuno está em tais situações.

Passemos aos fatos. No direito de todo o mundo, onde quer que se tenha legislado, ou se tenha dado a recepção não escrita do regime

dos títulos ao portador, das cambiais e demais títulos negociáveis, são permitidas, ao subscritor, ou ao sacado, as defesas pessoais ao apresentante. Se esse é o primeiro, e houve furto, ou roubo, em poder do subscritor, ou perda do título pelo subscritor, é fácil imaginarem-se as consequências. Todas objeções e essas exceções são possíveis, como são possíveis as de ordem contratual oponíveis ao tomador. Como explicar-se isso?

Evidentemente, constitui aparentemente ponto fraco da teoria unilateralística. A inoponibilidade das objeções e exceções deriva, necessàriamente, das próprias proposições teóricas fundamentais. Os partidários proclamam-lhe o grande mérito de ter dado ao princípio da inoponibilidade perfeita justificação. No entanto, faz-se-lhe exceção quando o portador é o tomador, o gatuno, o achador, ou pessoa que esteja, a esse respeito, de má fé.

Satisfaz plenamente *a teoria dos três momentos,* porque ela, unilateralística no classificar o negócio jurídico, de modo nenhum posterga o conceito de relação (não há relações uni-laterais) e faz irradiar-se relação jurídica autônoma *de crédito* entre cada possuidor e o subscritor. Mesmo que, durante O tempo da circulação do título, o subscritor haja ignorado quem era o seu credor, ele vem a saber a quem se faz *obrigado.*

A apresentação obvia a quaisquer inconvenientes da *incerteza*

do sujeito. Tal incerteza só existia no subscritor, se existia. Isso pôsto, podemos apreciar, com o devido relêvo, o problema da distribuição das defesas em *oponíveis* e *inoponíveis.* Como teremos ensejo de ver, algumas são oponíveis a quem quer que seja e, até, se lhes deu o nome de *exceptiones ia rem;* outras, só aos possuidores de má fé; outras, ao apresentante, independente da boa ou má fé, por lhe serem, de si mesmas. pessoais.

Para bom entendimento, façamos ressaltar o regime específico dos títulos negociáveis. Não entre os títulos ao portador e à ordem, mas quanto àqueles que constituem mais documentos do que títulos, ou que autorizam investigações por parte do subscritor. Trata-se de gradação, que vai da *cessão de crédito à tradição pura e simples,* sem que se possa tirar, de tal encadeamento, conclusão relativa à génese ou à construção dogmática dos subseqUentes pelos antecedentes. Em verdade, cada um é fato nôvo. Nem a cláusula ao portador se explica pelo endôsso, nem esse por aquela.

Os créditos só se transmitem com a advertência ao devedor. À técnica da cessão escapam os títulos ao portador.

Por quê? ~ Por quê não são créditos no mesmo sentido em que são os outros? zPor isso mesmo não se pode cogitar de aplicar aos titulos inominados e, até certo ponto, aos chamados títulos de crédito, as regras da cessão e as da sucessão singular de dívidas, que exigem a aceitação, ou, pelo menos, em certos casos. a notificação do outro sujeito da relação jurídica obrigacional?

De tais incômodos processos de transferência .livram-se OS títulos de crédito, principalmente os inominados, por fôrça da natureza deles. O endôsso, expediente técnico, que deixa visível a vontade do endossante no passar a outrem o título de crédito, já simplifica as relações na série de sujeitos possuidores. Mais ainda, a tradição, que basta à circulabilidade dos títulos ao portador. A cessão, com os seus ritos certos, a sua rigidez do direito comum, nada tem com o fato de transmissão dos títulos ao portador, nem com o da transmissão dos títulos endossáveis. O

r

endôsso não é a cessão. O endôsso é menos e é mais do que a cessão. É menos, porque se opera sem ciência do subscritor, sem os cânones da cessão. É mais, porque, salvo convenção em contrário, o cedente só assegura ao cessionário a existência do crédito. Não se cogita da solvabilidade presente, nem, *a fortiori,* da solvabilidade futura do devedor. Ao passo que o endossante garante o pagamento ao tempo da exigibilidade, liga, solidàriamente, a sua responsabilidade à responsabilidade do subscritor. Portanto, à solvabilidade futura do devedor segundo o título.

É interessante notar-se que, se passamos da cessão ao endôsso e desse à tradição, elemento suficiente para a transmissão dos títulos ao portador, vemos crescer a responsabilidade do transmitente (porque endôsso é mais do que cessão e, depois, desaparecer. Nos títulos transferíveis pela tradição tão-só, o transmitente apenas responde como o possuidor de uma coisa, coisa que pode estar sujeita ao regime geral das coisas móveis, ou ao regime especial da coisa móvel, indiscutivelmente especial, que é o título negociável.

O que o possuidor transfere, com a tradição, é a posse do título ao portador, a posse do bem corpóreo. A posse, que ele tinha, fazia-o credor; a posse, que outrem adquire, pela transferência que se lhe fez,

torna-o credor, como tornou credor quem adquire a posse, sem ter havido a transferência.

mecanismo do título na vincularidade da promessa ao público e na obrigatoriedade, que nasce da apresentação ao subscritor. Precisamente, o art. 1.507 reporta-se às defesas oponíveis ao apresentante, que pode ser o primeiro possuidor, o segundo, o terceiro, ou outro qualquer mais distanciado. O modo por que se alude às defesas é parcial, uma vez que a lei só se refere ao portador de boa fé, para dizer que o subscritor ou emissor não pode opor outra defesa, além da que assente em nulidade interna ou externa do título, ou em direito pessoal do emissor, ou do subscritor, *contra o portador.* Donde se tira que a boa fé se deve, ou pelo menos se liga ao regime especial relativo à inoponibilidade de objeções e exceções.

Os escritores, não obstante todos os esforços, que, desde tanto tempo, envidam, para explicar a particularidade referida, não atentaram na verdadeira razão de se regular a oposição das objeções e exceções ao portador de má fé.

A má fé, a que se reporta a lei, para dizer imune o portador de boa fé, não é a que preside à aquisição do título ao portador durante a sua vida circulatória. Com essa nada tem o subscritor ou o emissor: só judicialmente, quer dizer por intermédia do Estado pode ser impedido de pagar a alguém que tenha o poder efetivo sobre o título.

Mais uma vez se caracteriza a objetividade; portanto, a cômoda ajustação da teoria aos fatos.

Tenhamos como ponto de partida o seguinte: o regime específico, de que se extrai o principio da inoponibilidade das defesas, assenta no pressuposto da boa fé do portador em relação ao subscritor ou emissor. Aí temos o fato.

Resta procurarmos a explicação. Se é certo que a teoria a antecipa, não se justificaria deixarmos de consignar e discutir as diferentes explicações que até hoje foram tentadas. De uma delas já falamos, a de R. VON JEERING, que, à parte a noção de pendência , satisfaz mais do que as outras. A nossa, como antes dissemos e mais de espaço apuraremos, leva-lhe as vantagens do mesmo mecanismo, a que acrescenta explicação da vincularidade da promessa ao contacto do titulo ao portador com o *alter digno* e da descrição do surgimento da pretensão do possuidor.

§ 3.705. Teorias da inoponibilidade das objeções e exceções

1.ENUMERAÇÃO DAS TEORIAS. As teorias que se propuseram a explicar a inoponibilidade das objeções e exceções foram, principalmente, as seguintes:

(a) A *teoria da* cessão, pela qual durante muito tempo se acreditou - esclarecer a autonomia do direito dos portadores, assim nos títulos à ordem como nos títulos ao portador. Interessante é notar-se o propósito, para não dizermos o absurdo, de se pretender algo explicar pelo seu contrário.

(b) A *teoria da delegação,* que, prestimosa no traduzir certos fatos e instituições do direito comercial, foi levada par E. ThALLER até a missão de demonstrar o mecanismo dos endossos e das tradições manuais dos títulos ao portador. Mal foi edificada, derruiu.

(c)A *teoria da estipulação para outrem,* que ou caía no explicar o obscuro pelo obscuro, ou adotava, para a própria estipulação a favor de terceiro, a noção de obrigatividade da promessa unilateral, convertendo-se à teoria de H. SIEGEL, mediante curva inútil, porque fôra mais fácil explicar, como 1-1. SIECEL, desde logo, a inoponibilidade das objeções e exceções .

(d)A *teoria unilateralistica pina,* que, se fosse verdadeira e explicasse os outros fatos da vida do título, poderia fundamentar o princípio. Isso não quer significar seja ela mesma incólume à crítica.

(e)A *teoria da personificação do título,* para a qual, sendo titular do direito o próprio titulo ao portador, ou o titulo endossável, o subscritor prêviamente *renunciou* a tôda.~ as defesas que concernirem aos possuidores *r*

antecedentes. t de notar-se que recorreu ao desesperado golpe de fazer sujeito o próprio objeto, sem vantagem explicativa, porquanto, ao se ter de clarear o problema da inoponibilidade, se lançou mão de argumento sediço, já usado pela teoria da cessão e, justamente. o mais destruído dos fundamentos tradicionais: o de ter havido renúncia prévia.

(f)A *teoria da representação dos portadores:* nela, há diálogo a um, no qual o subscritor é devedor o credor.

Como devedor, está ligado ao que prometeu. Como credor, estipula em nome de terceiros, a série ainda por vir dos possuidores, cujos interesses ele, *sponte sua,* gere. Se o princípio da inoponibilidade das defesas, extraído dos fatos, tivesse de ser explicado mediante tão

tortuosa concepção, melhor fôra aceitá-lo como dogma do direito.

Seria menor violência do que cindir-se o subscritor em duas entidades antagônicas, uma ~ias quais teria de ficar em cena, na função, simplesmente arbitrária, de gerir interesses de sucessivos portadores que ela não conhece.

Outros, com o mesmo conceito de representação, evitam o diálogo a um, aquele artificial contrato consigo mesmo, e se apegam ao diálogo ordinário, no qual o subscritor é o devedor, e o primeiro tomador tem dois papéis: é a si mesmo e representa, por meio de *negotiorum gestio,* os futuros possuidores.

Discutindo as idéias de A. BRINz, admitiríamos o *poder pleito* no fazer migrar, na série dos possuidores, a promessa, porém sem qualquer alusão a mandato ou a gestão de negócios. Aliás, nada teria com o problema da inoponibilidade das objeções e exceções: apenas se pode dizer que o possuidor do papel serve de instrumento jurídico, se não puramente material, para a condução da promessa ao público. Na 13 edição da obraDos *Títulos ao portador,* demos todo o valor ao conceito, que completaria, explicativamente, a análise das relações. - Estudos posteriores, dos títulos de crédito e de outros institutos, ainda mais ao vivo puseram a nossa convicção, que era a de JOSEF KOHLER, da inexistência de fôsso entre o direito e o não direito. Aquele poder pleno pode ser jurídico e pode ser tido como o ato da pessoa que achou, após o desastre do comboio, as cartas do carro postal e, generosamente, em vez de remetê-las à repartição central ou à mais próxima agência, as levou a cada um dos destinatários. O proponente de contrato por correspondência não contava com esse auxílio de ordem material, como detentor ocasional, mas, de fato, esse instrumento foi necessário à chegada da proposta a tempo de se estabelecer o contrato que a carta previa. Em todo o caso, dir-se-á que o *subscritor conta com a transmissão da sua promessa.* Não é de muito alcance, O possuidor pode não transmitir. Pode romper o titulo. Ora, exatamente isso define o pleno poder: por ele o autorizado pode, sem ser obrigado.

Exponhamos. as teorias da cessão, da delegação, a teoria que recorre à representação, a da estipulação a favor de terceiro, a da unilateralista pura e a que extraimos dos fatos.

Com isso, feita a crítica de cada uma, teremos versado, suficientemente, o problema da inoponibilidade das defesas, no seu aspecto teórico . Ao tratar da teoria fundada na análise das relações, tocaremos na da obrigação legal, exposta, depois, em 1923, por J.

VALERY, coincidindo com uma das partes daquela.

2.CIRCULAÇÃO E INOPONIBILIDADE DAS OBJEÇÕES E EXCEÇÕES. Nos inícios, o mais típico dos títulos, que é a cambial, serviu para se evitar a remessa ou a deslocação da moeda. Depois, outras funções foram mais fortes. Em vez de substituir o transporte efetivo de fundos, fez-se instrumento de crédito a curto prazo e meio de pagamento.

Como instrumento de crédito, o processo técnico é o *desconto,* O possuidor do título vende-o por preço que é igual ao valor nominal, menos os juros relativos ao tempo restante e menos outra vantagem que, pelo fato de descontar, queira o adquirente. Esse fará o mesmo, se entender. O título circula, no meio de todas essas operações.

Se à ordem, terá história, que é a história dos endossos. Se ao portador, nada no verso ou no anverso ficará: por entre tantas operações, subjacentes, simultâneas ou sobrejacentes, suscetíveis de todas as formas comerciais e civis, o titulo deslizou de mão em mão, ou da mão de um para o recanto em que se perdeu, ou do lugar em que estava para as mãos do ladrão, sem que nada dele conste. Circulou, em meio de tudo isso, como se fosse cego e insensível. Se teve história, é história que não se grava no seu dorso.

Se o possuidor deve indenização, ou compra alguma coisa, e paga com o título, eis uma"das funções usuais: meio de pagamento. Aí. ele é quase moeda. Não é moeda.

Tais os fatos. Examinemos as explicações propostas.

3. TEORIA DA CESSÃO. (a) Na teoria da cessão, o que se observa, sociológicamente, é a resistência a inovações, o firme propósito de explicar o nôvo, qualquer que ele seja, pelo velho. O primeiro impulso de cada mentalidade é resistir ao nôvo, negá-lo, proibi-lo. Depois, já não sendo possível ocultar a sua existência, reduzi-lo ao velho. As aquisições intelectuais de certo período, ou de certa geração, têm a função de $80, que impede a assimilação das novas idéias. Nesse sentido, o .conformismo é despotismo difuso (nossa *Introdução* a *Política Cientifica,* 156, 212-214). A teoria da cessão é expressivo exemplo. Pretendeu explicar, pela cessão, o que só era *r*

problema porque contradizia, abertamente, os próprios princípios daquele instituto.

O conformismo jurídico não queria fatos que se não enquadrassem na

rigidez fossilizada do direito romano. O

que não era conforme ao espírito e às tradições da legislação, não era, ou tinha de ser explicado de acôrdo com os cânones imutáveis. O possuidor do título o endossou? Houve cessão. ~ Era ao portador, e foi vendido por simples tradição? Ainda foi cessão que houve. Como isso? começou-se por perguntar. ~ Não é certo que se exige para os efeitos quanto ao devedor, no instituto da cessão, a notificação dele?

O conformismo jurídico tinha de responder a tal advertência. Eis como procurou- obviar à destruição da teoria superficial mas resistentemente elaborada: a cláusula "à ordem" e a cláusula "ao portador~~ não são mais, por parte do devedor, do que aceitações antecipadas das cessões que os beneficiários farão dos seus créditos. Para salvar o passado, os espíritos recorreram à prestidigitação. E tudo estaria simplificado: o devedor consentiu em que a cessão se operasse, sem lhe ser notificada. Não é apêgo aos princípios. Todo o conformismo é afirmação superficial de formas; e nisso o étimo é feliz:

conformismo. Tanto assim que, para se reduzir ao passado o futuro, não se trepidou em sacrificar substância do próprio passado. Podou-se, mutilou-se a cessão de crédito; rasgou-se a lei; esqueceram-se as colunas mestras do instituto.

No entanto, apesar de tantos sacrifícios, a inoponibilidade das defesas continuava inexplicada. É fácil de mostrar.

Se havia cessão, claro que um direito passava do patrimônio do cedente ao patrimônio do cessionário: o valor ia do patrimônio de A para o patrimônio de B. Admitida a teoria, não haveria dúvida sobre esse ponto, uma vez que se sacrificara o princípio da necessária notificação do devedor para os efeitos quanto a ele. Ora, exatamente o que se passa, assim nos títulos à ordem como nos títulos ao portador, é que o direito de A não passa, tal como era, ao patrimônio de B. Se passasse, o subscritor poderia opor ao cessionário as exceções concernentes à pessoa do cedente.

De pronto, compreende-se o embaraço em que se viram os teóricos da cessão. Não obstante o que se mutilou, para que coubesse nos velhos moldes o fato nôvo, não conseguiam que se ajustasse às vestes tradicionais o princípio, que é, na espécie, a *vexata quacstio.* Vale a pena ver-se a resposta que deram.

Mutilado o instituto, evidenciada a inutilidade da mutilação, soltaram-se os outros argumentos e, para explicar a inoponibilidade, recorreu-se

a assunto estranho ao ponto de partida: no momento em que o subscritor assinou o título ao portador, ou. o sacado aceitou a letra de câmbio, *presume-se* ter renunciado às exceções que tem ou poderá ter. Mas ~ onde, na lei, nos princípios construtivos do instituto da cessão, nas tradições do direito romano e do direito civil comum, tal presunção de renúncia prévia das objeções e exceções? Em França. há o art. 1.295 do Código Civil: "Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu‟un créancier a faite de sés droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionaire la compensation qu‟il eút pu, avant l‟acceptation, opposer au cédant". Daí raciocinarem: do mesmo modo que o devedor cedido, que *aceita (?)* a cessão, se presume ter renunciado à exceção de compensação, assim o aceitante se presume ter renunciado a opor, aos portadores sucessivos, as exceções nascidas na pessoa dos seus cedentes. O art. 1.295 é, evidentemente, excepcional, e os conformistas não viram que a lei fala do devedor que admitiu a cessão. Não se lembraram de que já haviam mutilado o instituto, de que se renunciara à notificação e, portanto > se tornara impossível a "aceitação" que teria o efeito do art. 1.295. É de estranhar que GEORGES CAILLOL *(Du Principe de l‟Inopposabilité des exceptions au porteur d‟un effet de commerce,* 23) que criticara os sustentadores da teoria, não tenha visto essa impossibilidade de se invocar a analogia com o art. 1.295, devido a não caber o próprio art.

1.295. Escreveu ele: "De même que l‟article 1295 du Code Civil décide que le débiteur cédé qui accepte la cession est présumé renoncer àl‟exception de compensation, ainsi le tiré accepteur sera présumé avoir renoncé à opposer aux porteurs successifs les exceptions nées en la personne de leurs cédants. Les raisons de l‟une et l‟autre solution sont les mêmes: en acceptant la cession, le débiteur s‟engage envers le cessionaire: par conséquent, ii se considêre comme étant encore débiteur; le tiré, en acceptant la lettre de change à l‟ordre du preneur, se reconnait débiteur tant du preneur que de ses cessionaires par la voie de l‟ordre".

De tudo isso o que se tira é que, para se salvar a velha forma, os conformistas não trepidaram em mutilar, mais uma vez, o instituto. Nôvo princípio sacrificaram. Nôvo sacrifício inútil.

No direito brasileiro, há o art. 1.072 do Código Civil, segundo o qual o devedor pode opor ao cessionário como ao cedente as exceções (leia-se objeções e exceções) que poderia opor no momento em que fica ciente da cessão. Tal regra jurídica é *jus dispositivum.* Não há, porém, nenhuma presunção de ter renunciado a objeções e a exceções.

Cf. Tomo XXIII, §2.827, 4.

(b) Outros partidáfios da teoria clássica da cessão foram mais radicais. Para eles, o endôsso e a tradição não põem So o portador no lugar e posição do cedente. Cada portador se torna éredor do sacador, do sacado, dos endossantes, do título à ordem, ou do subscritor do título inominado. Porque o signatário, ou pelo ato da feitura, *r*

ou pela emissão do título, se obrigou, não perante alguém que o título nomeie, e sim *in rem,* diretamente perante o portador, qualquer que ele seja, em virtude da cláusula à ordem, ou da cláusula ao portador. Quer dizer: do endôsso, ou da tradição. Assim, o portador não sucede somente no direito do endossante; tem direito, oriundo do vínculo direto, que não pode ser atingido pelo fato, ou fatos pessoais do endossante, determinadores das objeções e exceções. (O que se há de exprobrar é que se haja falado de vínculo desde a subscrição do título ao portador. O

vínculo somente surge com a posse de alguém.)

É interessante observar-se que os juristas que assim pensavam não percebiam a desnecessidade de referência à cessão. Segundo o que eles mesmos sustentavam a propósito do vínculo entre o subscritor e cada um dos

possuidores (vinculo que mostramos somente surgir ao contacto com o *alter* digno), nao se *precisava* de qualquer alusão à cessão. Nada se cede se a relação jurídica é originária, para cada possuidor.

Não volveremos à discussão de tal teoria, ou de tais teorias, porque em verdade são muitas, ligadas, entre si, pelo traço comum da afirmativa do vinculo ao tempo da subscrição (confusão entre *existência* e *eficácia* do negócio jurídico unilateral). A maior parte das argumentações anteriores foram no sentido de se refugar tal atitude incompatível com o exame objetivo das relações de direito.

Em todo o caso, a particularidade da atitude defensiva de alguns reacionários aponta certos argumentos, que, pôsto não sejam verdadeiros, merecem exame. Diz-se: a noção de cessão de crédito não é forçosamente ligada à de oponibilidade das exceções (A. PICHON, *De l"Jnop"posabilité des exceptions au porteur d"un titre à ordre,* 1

s.). Noutros termos : valeria a explicação dada pelo conformismo ao fato da cambial e dos títuLos endossáveis e ao portador, assimilando-o, subsumindo-o no instituto da cessão, porque não são incompossíveis *cessão de crédito* e *inoponibilidade das exceções.* Aqui, depois do primeiro inutilamento, o conformismo recua, a fim de evitar o corte

de princípio, a que acima aludimos (renúncia prévia das exceções), mas afirma a possível coexistência da cessão e da inoponibilidade. Com isso, deixaria de amputar, mais uma vez, a cessão, e como não cabe, no cânone do instituto, a inoponibilidade fica de fora, inexplicada. Raciocinemos um pouco. A cessão transmite os direitos. Ora, foi dito que houve cessão.

~ Como é que se compreende serem diferentes o direito que foi cedido pelo credor e o mesmo direito que foi recebido pelo cessionário? O que é certo é que a teoria clássica, ainda com essa escapatória, em repetidas derrogações de princípios construtivos e informativos do instituto da cessão, violenta o fato velho e o fáto nôvo. É

o que ordinàriamente sucede a todos os que querem meter cunhas ao passado, para que, entrando-

-lhe,pelas frestas, o tempo presente, possa, comprimido, durar. Mais prudente era o procedimento daqueles que, como C.LYON-CAEN, assumiam atitude circunspecta e pragmática. Aludiam à cessão, é verdade; e, ao terem de considerar o princípio da inoponibilidade, procuravam-lhe fundamento puramente prático. Teôricamente , equivalia a nada responder-se. O problema continuava aberto. É conhecida a meia página do comercialista francês “Cette régle, bien que formulée par aucun texte, est admisse universellemente; elIe dérive de la nature même des titres à ordre qui constituent une sorte de monnaie et se transmettent trop rapidement et dans des Iieux trop divers pour qu‟une acceptation soit demandée chague fois au débiteur. Le tiers auquel le titre est offert a le droit de le prendre pour cc qu‟il parait être. Xl y a lá une de ces théories tráditionneles que le législateur ne prend pas la peine de formuler, parce qu‟el]es sont imposées par les besoins de la pratique”. É apontar, sem o construir.

Que a prática criou o título à ordem e a título ao portador, coisa é que se sabe, por isso mesmo que tais títulos existem. O que se precisa saber é qual a posição qúe cabe ao fato no conjunto do sistema jurídico, qual o princípio de que decorrem consequências não suspeitadas pelo direito romano e pelo direito comum.

c)Quase simultâneamente com a 1a ed. do nosso livro *Dos Titulos ao portador,* E. ESMEIN procurou ver no *fim* que a cambial quer atingir a própria explicação dos títulos endossáveis e transferíveis pela tradição. Ésse fim é o *desconto* com o minimo possível de verificações. Tal atitude pragmática não é mais satisfatória do que a de C.

LYON-CAEN. Ambas ficam no terreno do fato. Ora, os fatos só se conhecem quando se podem comparar, distinguir, classificar e explicar. A simples observação aponta sem esclarecer. Bem que reacionária, preocupada com a redução do nôvo aos velhos princípios, bem que mutilante de si própria, à concepção clássica não se pode negar ter tido o propósito de explicação. Fracassou, mas tentou. O pragmatismo não teórico não é mais do que abstenção. O espírito humano não se satisfaz com as teorias insuficientes, menos ainda com as atitudes abstinentes.

d)Posta de lado, pelas razões antes aduzidas, a crítica à afirmativa de vínculo direto, desde logo, entre o subscritor e cada um dos portadores, ataquemos a teoria clássica nas suas proposições mais características.

& Pode-se compreender que o endossante ou o transmitente do titulo ao portador, já ele, talvez, elo de cadeia de sucessivos endossatários e possuidores, ceda mais do que ele tem? Note-se a antinomia irredutível, a incompossibilidade, lógica e material, entre afirmar-se que a cessão se deu (quer dizer: que o cessionário, o *r*

endossatário ou o adquirente do título, recebeu do cedente, do endossante ou transmitente o seu direito) e afirmar-se que as objeções e exceções oponíveis ao endossante ou ao tradente não podem ser opostas ao endossatário ou nôvo possuidor do título. Nada mais anômalo do que esse direito, que seria curto na mão de quem o aliena, de quem o cede, e largo, talvez integral, na mão de quem o recebe. Exemplo: o comerciante paga, com título, a compra, cujos objetos, ainda a risco do vendedor, perecem. As defesas são possíveis entre eles. Se, no intervalo, o vendedor descontou o título, na mão de quem fez o desconto o direito é imune àquelas exceções *ex persona cedentis.* Tudo isso aberra dos princípios da cessão. Ainda mais: aberra dos prjncípios jurídicos, porque é ter o sucessor mais do que o sucedido. Mais ainda: aberra da lógica, porque afirma efeito superior à causa. Muitas vezes, o direito é nenhum (caso do ladrão, do achador) e, nas mãos do adquirente, revive ou nasce.

A noção de cessão fica violentada, ao mesmo tempo que as proposições exorbitam do quadro da cessão, escamoteando ao instituto o que constitui, precisamente, as suas colunas fundamentais.

A alusão à renúncia da oponibilidade não é menos chocante. Se o título foi objeto de contrato nulo (advirta-se em que estamos a raciocinar com as premissas dos adversários), nula foi também a renúncia do subscritor, sacador, sacado, ou endossante, às defesas

oponíveis aos obrigados antecedentes ao apresentante do título. Demais, quando se desce à discriminação das objeções e exceções, a doutrina clássica tergiversa. Sirva de exemplo A.

BOISTEL. Para ele, as defesas oriundas de vicio do contrato básico são sempre oponíveis, como a ausência total de consentimento e os vícios desse. Sempre oponível o dolo. Oponíveis, a incapacidade e a violência. Quanto às defesas tiradas da causa, para serem inoponíveis, recorre-se à culpa do subscritor, que, tendo-se obrigado sem causa, como tal deve responder. Tudo isso mereceria melhor investigação e apenas demonstra que as teorias clássicas têm de buscar uma porção de fios diretores a fim de resolver os problemas particulares e urdir a tela da sua construção, cosida de contradições nos resultados e nos próprios princípios.

Principalmente, a cada momento revelam que não se puderam desvencilhar do pensamento de estar o negócio jurídico do título ao portador ligado ao negócio jurídico básico, seja Subjacente seja simultâneo seja sobrejacente.

4. TEORIA DA DELEGAÇÃO. a) A teoria da delegação, a que noutro lugar já aludimos, teve formulador percuciente em E. THALLER, desde 1906, nos *Annales de Droit comercial,* e, depois, no *Traité.* Justificou-a do seguinte modo: “La dêiégation ne perd de jour en jour ses anciens retranchements, elIe n‟est pas devenue un mode d‟aliénation vieilli. te contrai re est plus vrai. te succés des institutions commerciales tient à une place de plus en plus considérable prise par lá délégation aux dépens de la cession-transport. ElIe sert la cause du crédit plus énergiquement que la cession”. Resta saber se, mediante tal noção, todos os fatos dos títulos à ordem e dos títulos ao portador, se esclarecem e se evidenciam acordes com os princípios do direito. Se bastasse a tal resultado, a teoria teria razão de ser, e varridas estariam, assim as dúvidas como as outras tentativas de construção jurídica.

Na vida comercial, os casos *apontados* como mais característicos, ao mesmo tempo mais importantes, de *dele gação,* são os seguintes: a) transmissão do ativo e passivo de estabeleci mento comercial; *b)* endôsso de título e, também, emissão originária da letra de câmbio ou do cheque; c) transporte por círculos sucessivos. Já tivemos e teremos ensejo de mostrar rue esses institutos têm a sua explicação própria e a delegação se há de confinar no seu conceito (Tomo XXIV, § 2.910 8). Sobre assunção de dívida alheia, Tomos XXIII, §§ 2.820, 2, 6. 7: 2.852-2.866; e XXV § 8.020, 4.

Já em J. UNGER, *(Die rechtliche Natur der Inhaberpa,. piere,* 112 > aparecia a subordinação da transmissão dos títulos, como fenômeno, ao instituto da *delegação* Desde 1921 combatemos recorrer.se ao velho instituto, sendo um dos argumentos principais o caso do ladrão do título subscrito.

Para melhor apanharmos o pensamento de E. THALLER que volveu ao assunto, vejamos a teoria no caso da letra de câmbio. A ordem do sacador ao sacado de pagar ao tomador é delegação. Donde definir-se, desde logo, a cambial como título, provido de eficácia executiva, no qual se insere ordem de delegação de soma dada a terceiro a favor do beneficiário da delegação. O sacador é o delegante, o sacado é o delegado, tomador é o delegatário.

Admitido que o direito do delegatário é direto e nôvo, absoluto, independente das relações jurídicas anteriores do delegado e do delegante, explicado estaria o fato da impossibilidade das objeções e exceções; e a teoria de E.

TEALLER ganharia a palma. Enquanto o devedor cedido está diante de fato consumado, de que se lhe dá aviso, o devedor delegado *contrai* com o nôvo credor obrigação nova. Donde, a essencialidade e a indispensabilidade da operação. Ainda: na letra de câmbio, a aceite do sacado sé teria com a aceitação do devedor cedido o traço da quase-homonímia: o sacado obriga-se sem condição. E aí a razão da inoponibilidade das objeções e exceções.

No negócio jurídico básico, de que emanou a letra de câmbio, houve causa. Quer se pense no negócio entre o sacador e o sacado, quer no que motivou o saque (sacador, tomador).

A causa não existe entre o portador-tomador e o sacado, ou entre os possuidores sucessivos e o sacador.

r

(Supomos que houve negócio jurídico básico. Pode não ter havido. A cambial pode ter sido para pagamento, que não é negócio jurídico. Pode ter sido perdida ou furtada e ter sido levada ao sacado, que aceitou em ato de consideração e cortesia do sacador.)

j,Como se explica a autonomia da dívida do sacado? E. THALLER recorreu à noção de garantia ou caução. “Pour créer un engagement propre”, diz ele, “il faut que que la délégation ait dans l‟esprit des parties une portée particuliêrement énergique: autrement dit, que le

délégué ait entendu fortifier la dette que le délégant avait assumée envers le délégataire, ait vonlu devenir caution de ce délégant et s‟associer à son obligation”. A aceitação do sacado seria a acessão de caução à dívida de outrem.

Explicar-se-ia do mesmo modo o endôsso. O tomador, que fôra delegatário, torna-se, agora, delegante. O nôvo portador é o delegatário; delegados, os que assinaram até então o título, o sacador, o sacado, os endossantes.

Endôsso seria sub-delegação. Todos os signatários far-se-iam caução do endossante delegante.

b) Quando E. THALLER expôs as suas idéias, já elas eram maduras na doutrina alemã. Longas discussões, estudos aprofundados já haviam provocado escritos notáveis sobre o assunto. Começou-se por discutir se a assinação (delegação) se subsumia nos mandatos. Levantava-se a questão exatamente a respeito do saque cambiário.

Dos primeiros (ele foi sempre dos primeiros em muitas coisas) a ferir o ponto, surgiu 3. E. XUNTZE *(Deutsches Wechselrecht,* 70>, em livro cuja primeira edição foi em 1862. Antes, H. THÕL *(Das Handelsrecht,* 43 ed., 1091), LEVIN GoLnSCHMTDT *(Zeitschrift (1h- das gesammte Handelsrecht,* 1, 616) e, particularmente, E.

VON SÂLz‟Ius *(Nova.tion und Dele gation,* 460), que já combatiam a intromissão da estrutura da delegação no domínio cambial. Tal problema estava em foco desde 3. UNGER, em 1857, LADENEURO, em 1858, e outros. O

artigo de LEVIN GOLDSGHMIDT é em tôrno do livro do último sobre a delegação e a cambial sacada (LADENBURG, *Die Anweisung und der gezo gene Wechsel,* 1 s.). Tratava LADENEURO da assinação ordinária, das relações entre o assinante e o assinado, entre o assinante e o tomador, entre o tomador e o assinado, a forma e a transmissão da assinação; depois, da assinação mercantil, da caução, das cláusulas à ordem e dos endossos, combatendo a teoria de J. UNGER, porque teoria da delegação, em matéria de títulos cambiários e dos titulos à ordem, endossáveis ou manualmente transmissíveis. A teoria de 3. UNGn era conhecida como *Ungersche Dele.qationstheorie,* há mais de um século.

c) H. TH6L e LEVIN GOLDSCHMIDT refutavam a intromissão da assinação no domínio cambiário, porque pertencia aos mandatos. E. voN SÁLPIUs, a quem se deve a caracterização da diferença essencial

entre a *assinação* e o *mandato,* atacou a confusão entre o *saque* e a *assinação,* tanto na relação entre o sacador e o sacado quantia entre o sacador e o toma-dor ou outro posterior beneficiado. Todo o § 72 do livro de E. VON SALPIUS

concerne ao estudo das duas espécies. No direito cambiário alemão, a cambial largou de si, segundo E. voi~

SALPIUS *(Novation und Dele qation,* 460-467), qualquer conexão com a assinação; donde se haver tornado obrigação abstrata. Seguiram-no RUDOLF SCHAIJBERG (Ober Novatior durch Wechsel oder tiber den Einfluss des Wechsels auf die unterliegende Verbindlichkeit, *Zeitschrift (1h- das gesarninte Handelsrecht,* 11, 250 s.), R.

RÓMER (Zur Lehre von der Conversion der Rechtsgeschàfte tlberhaupt und ihrer besonderen Anwendung auf das Wechselversprechen, *Are hiv (1h- die dvilistiche Pra~ris, 36,* 87 s).

Em tôrno de decisão do Tribunal Federal alemão, H. THÕL e Orro WENDT renovaram o estudo. Para o último, que generalizou a noção de assinação, o saque deriva de uma tusão do *pagarei carnbi4rio* e da *assinação.*

Coincide com o que ensinaram MAx NEUMANN (Geschichte des Wechsels im Hansagebiet bis zum 17.

Jahrundert nach archivalischen Urkunden, *Reilagenheft der Zeitschrift (<ir das gesamrnte Handelsreeht, 99)* e LEVIN GOLDSCHMU~T *(Universalgeschichte de., Eandelsreeht,* 33 ed., 417 s.). Assim, a teoria de Orro WENDT *(Das aligerneine Ãnzveisungsrecht,* 112 s., 115 s.) assentava que o *saque o* de hoje fundiu a *assinação* e a cambial propriamente dita: o *direito de regresso* seria assunção de garantia oriunda do pagarei, fenômeno históricamente colado à assinação. O problema foi, como se vê, levado ao terreno histórico. À critica histórica cabia resolvê-lo.

d)No terreno histórico, Anais SORAUBE (Einige Beobachtungen zur Entstehungsgeschichte der Tratte, *Zeitschrift der* SÂVIGNY-STIrrUNG *(<ir Rechtsgeschichte, G.* A, 14, 111-

-151) discutiu a assimilação da cambial moderna ao tipo fundAdo da cambial própria e da assinação (Cf. G.

SCHAPS, *Zur Gesekichte des Wechselindossa.ments,* 8). Analisou os mesmos documentos, a que se referia o historiador do direito comercial, do mais velho (1271) ao mais nôvo (1884). A alguns deles

negou qualquer caráter de assinação, chegando a lembrar o trecho de R. voN CANSTEIN, onde esse afirma serem de ordinário à vista as cambiais primitivas (R. vON CANSTETN, *Lehrbuch des Weehselrechts,* 22). Os documentos florentinos e outros do comêço do século XIV não autorizavam as conclusões de LEvrn GOLDSCHMIIYT. Saques já desenvolvidos, alguns assaz complexos, prestavam-se à elaboração de teorias quase tanto quanto os títulos *r*

modernos (sobre os documentos, *O.* LASTIO, *Markenrecht und Zeichenregister,* 121; 5. L. Pnuzzí, *Storia dei Cqmmercio e dei Barichieri in Firenze,* 231 s.; MÃx WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschdften im Mittelalter,* 142). O saque era simples carta, *lettera di pagamento;* o sacador tinha por fito *mandare a pagare* e ao outro cabia *ricevere.* A afirmação capital de ADOLF SCHAUBE foi a de não ser o saque a primitiva cambial.

O que pretendeu LEvIN GOLDSCHMmT foi harmonizar o direito de regresso com a teria do mandato, que O.

WENDT combatera. Posteriormente, voltou ADOLF SCHAUBE (Anfânge der Tratte, *Zeitsehrift (<ir das gesamte Handelsrecht,* 48, 1-51), ao assunto, aludiu, a propósito de títulos do século XIII, à *emptio venditio,* reexaminou cartas de 1265 e de anos próximos, bem como a mais velha carta de crédito, de 1191. A despeito das suas concessões, feitas, então, a LEVIN GOLDSCHMmT, as afirmações de 1898 parecem ser as mais objetivas.

Contra o ajustamento do direito de regresso ao mandato manifestaram-se várias atitudes doutrinárias: II.

DERNBURG ligou-o à relação jurídica causal; C. WIELAND, ao direito de ressarcimento do dano por falta de adimplemento no tempo e lugar estabelecidos na assinação, direito resultante da relação jurídica causal; Orro LENEL (Stellvertretung und Vollmacht, *Jherings Jahrbiicher,* 86, 118 s.) PAUL OERTMANN *(Das Recht der Schuldverhitltnisse,* 511) e outros, ao pleno poder, à autorização; E. voN SALPIUS *(Novation und Dele gation,* 45), ao *zussus.* Tudo isso parece não dar conta de contradições fundamentais. Se é certo que a noção de autorização, por seu caráter geral, se prestaria à explicação do fato assinativo, o direito de regresso não é explicado por qualquer das assimilações propostas. Se há assinação, ~ como incluir-se a promessa abstrata de regresso? Se consideramos a cambial como obrigação abstrata, ~como considerar-se a assinação o saque ou o endôsso? Quanto a esse último tonto, R. VON CANSTEIN *(Lehrbuch des Wechselrechts,* 259), foi explícito: se o saque ou o endôsso fosse

assinação, não se trataria de obrigações abstratas.

e) Após as considerações que fizemos, e eram necessárias, porque se referem a tempo anterior à teoria que E.

TRALIER pretendera, podemos entrar no exame crítico das proposições desse. Como quer que seja, revôlto o terreno das discussões, velhas de séculos: exposta e apreciada fibra por fibra a hipótese da delegação subjacente ou explicativa dos fatos do saque, do endôsso e da transmissão manual, assaz tarde era para que se reeditassem os argumentos informativos de tal atitude.

„Pode-se admitir que o sacado seja a caução? O jurista francês assim o entende. Sem razão. ~ ao sacado que em primeiro lugar se deve apresentar o titulo e pedir o pagamento. Ora, isso inverte totalmente a caução. Não é de crer que caucione aquele que é o primeiro a quem se deve apresentar o título e há de pagar. A resposta de E.

TI-IALLER é um tanto desenvolta: para ele, estamos em presença de caução especial, na qual o que garante deve ser o primeiro a quem se exiba o título e, pois, o primeiro que tem de pagar. Evidente a mutilação. Quando se argúi que o fato se choca com o padrão, responde-se, frequentemente, com a afirmativa de especialidade tal, que o instituto passa a ser, até certo ponto, o contrário de si mesmo. Para que a teoria fosse verdadeira, seria preciso que a obrigação do sacado coincidisse com a de um afiançador . Se não coincide, a teoria é falsa. Não pára ai.

O sacador, que pagou, tem regresso contra o sacado. Foi dito que o sacado é garante. ~ Como se explica o regresso contra o garante? Então, esse garante é a negação da própria noção de garantia. Garante, em verdade, se garante houve, foi o sacador, que pagou, na falta do sacado.

Mais absurda ainda é a concepção, quando aplicada, como quis o jurista francês, aos endossos. Cada endossante garante o subseqUente. Quer dizer: os signatários anteriores tornam-

-se cauções do endossante delegante. Tudo isso perde o contacto com a realidade. Nos fatos, o que vemos é o contrário. Precisamente o contrário da qualidade de caução no signatário anterior: o endossador delegante é que terá recurso contra os endossadores precedentes. Garante, se garante houve, foi esse endossante posterior e delegante.

Ainda mais. Querer que a obrigação do sacado seja caução, que assente na própria vontade dele, equivale a pretender que a

inoponibilidade das objeções e exceções exista porque o tenha querido o obrigado, ou, pelo menos, se presuma. No fundo, um recuo à teoria da cessão, com a sua indefensável presunção de renúncia.

Contra as teorias falsas ou insuficientes os argumentos fàcilmente se multiplicam. Quando a caução paga além do que deve, cabe-lhe a ação contra os coobrigados. Em matéria cambiária, o endossante tem ação pelo todo. Para que vingasse a teoria de E. THALLER, ter-se-ia de proceder a mais uma mutilação do modêlo explicativo.

Demais, ~ para que estarmos a arquitetar explicações do que se passa, ou do que se poderia ter passado, entre sacado e sacador, quando o que nos cumpria (se nos interessa o dado psicológico e jurídico subjacente, simultâneo, ou sobrejacente, ao negócio cambial) era, simplesmente, inquirir da causa do saque? Desde logo ressalvemos ser estranho à cambial, como aos títulos ao portador em geral, tal contrato inicial, outro negócio jurídico, de que resultou, ou de que poderia ter resultado, materialmente, o negócio jurídico cambiário ou do título ao portador. Não é possível conhecerem-se todas as causas que poderia ter tal negócio jurídico pré-cambiário, isto *r*

é, anterior (veremos, noutro lugar, que a própria anterioridade não é essencial) à subscrição ou emissão do título ao portador. Mais: pode ter havido relação jurídica de origem não-negocia!.

Se nos satisfizermos com a indagação do que mais acontece, concluiremos que o sacado ou o primeiro tomador do titulo ao portador só tem em mira o seu interesse. Não aceita o saque, não recebe o título ao portador ou endossável para garantir o signatário, e sim para se liberar do seu débito perante o sacador (letra de câmbio), ou para liberar o signatário (títulos endossáveis sem saque, títulos ao portador). Isso é apenas o que mais acontece.

Nada justifica que se generalize a causa de tal negócio jurídico prévio, que, nas cambiais, nos títulos endossáveis e nos títulos ao portador, pode, até, ter sido nulo ou inexistente. Pode, conforme antes frisamos, não ter havido.

5.CONSIDERAÇÕES SOBRE A DELEGAÇÃO . Quando se estuda o aparecimento da *delegação* no direito romano, reconhece-se que constitui um daqueles expedientes criados para obviar ao *principio da intransmissibilidade dos créditos.* O delegatário recebia o seu direito; não do delegante, mas do delegado. Os nossos tempos já não precisam de tais simulações e dissimulações, mediante as quais, com a sua

fecundidade de raciocínio, o velho direito sabia e procurava sair de si mesmo. Hoje, podem funcionar, autônomas, com o conceito comum de transmissão, *a cessão de crédito* e a *sucessão negocial de divida* ou *delegação.*

É inegável a verdade do que acima se disse. Todavia, se # certo que a intervenção ativa do devedor só é reminiscência, não podemos aceitar como decisiva a crítica de E. ESMEIN a E. THALLER. Não foi nos nossos dias que se formou a cambial; portanto, nada obstava a que, histôricamente, tivesse sido elemento criador a delegação. Estamos convictos de que não concorreu; contudo, o argumento de E. ESMEIN é nenhum. Como E. THALLER estende ao endôsso a noção de delegação, vemos desaparecer a intervenção do devedor. Nova mutilação; no momento em que se delegaria, o devedor nada fez e, talvez, nada soubesse. ~Como se livra de tal objeção o jurista? Não se livra, porque alude à presunção de ter aceito prêviamente ser delegado de todos os possuidores ulteriores. Verdadeira confusão:

na delegação, falta a figura principal, que é o devedor; o delegado, antes da delegação, se obriga perante os delegatários, que vão ser, sem ainda ter recebido ordem do delegante. Em suma: volta enorme, finda a qual, através de noções estranhas, se chega a pretender explicar os fatos obscuros do problema.

por simples reexposição dos próprios fatos.

6.SEGUIDORES DA TEORIA DA DELEGAÇÃO. Apesar da fragilidade do recurso à delegação, surgiram em França, após a 1,a cd. da nossa obra *Dos Títulos ao portador,* dois partidários da teoria da delegação. Ambos procuraram modificá-la para lhe aumentarem as possibilidades de êxito. Um deles, M. GHELMECEANU, apresentou, como elementos jurídicos da letra de câmbio, os seguintes: contrato, ato abstrato, substituição não-novatória do devedor e do credor, solidariedade imperfeita, cessão de crédito; e pretendeu que a melhor explicação de tal conjunto seja a delegação. Afastou um dos elementos mais arbitrários da teoria de E.

THALLER.

Vejamos como ele explicou a *inoponibilidade das exceções.* Entre o delegado e o delegatário houve contrato unilateral, cujo conteúdo é promessa de pagar, feita pelo delegado. Tal obrigação não tem causa nas relações jurídicas com o delegatário, só a tem nas relações entre o delegado e o delegante. Portanto, entre o delegado e o delegatário, é

promessa abstrata. É pena que o autor não tivesse lido, antes, as criticas de II. THÉiL e de E. VON

CANSTEIN, que assaz puseram à mostra a contradição entre a assinação e a promessa abstrata. Justiça seja feita a E. THALLER, porquanto, se ele recorreu ao artifício da caução, foi exatamente para evitar o absurdo da mistura.

Outro jurista francês retomou a teoria da delegação, combinando-a, abertamente, com a do ato unilateral abstrato.

Vejamos o que disse. O sacado é delegado. Mediante o seu aceite, duas operações se realizam numa so: e o que se dá com a aceitação dos delegados em geral. O papel da letra de câmbio é, portanto, o mesmo, econômicamente, que o da delegação. Donde a consequência: a mesma a natureza jurídica (BRETHE, *Revue trimestrielie de Droit civil,* 637). Numa e noutra há a inoponibilidade das exceções. Como explicá-la? BRETHE recorreu ao ato unilateral abstrato. Porta falsa, por onde os juristas costumam sair nas grandes aperturas; mas,‟ se assim tinha de terminar, ~ por que não começar por aí? A adoção da teoria unilateralística, se atende, com precisão, aos três momentos, é solução. Recorrer a analogias forçadas, cortar institutos para que se ajustem aos fenômenos dos títulos endossáveis e inominados, coisa é que de nenhum modo se justifica, máxime quando, ao final, se lança mão de ato jurídico unilateral abstrato.

§ 3.706. Teoria da estipulação a favor de outrem

r

1. TEORIA. A *teoria do contrato* (ou da estipulação) de *terceiro,* que tivemos ensejo de examinar ao expormos as teorias dos títulos ao portador, logrou ainda alguns seguidores. Poucos, é certo. Conforme dissemos noutros lugares, ela transfere o problema. No fundo, os seus autores e partidários pensavam tê-lo resolvido, quando, em verdade, só o deslocaram. Porque a pergunta mestra, a pergunta capital. subsiste na própria estipulação (ou contrato) a favor de terceiro. Explicação do duvidoso pelo duvidoso.

2.PARECENÇAS ENTRE OS 0015 INSTITUTOS. E inegável certa igualdade aparente entre o que se observa nos títulos negociáveis e na estipulação a favor de terceiro Analogia que também se encontra entre

tais títulos e muitos outros institutos jurídicos. Ora, o que resta saber-se é se tal analogia é suficiente para explicar, uma pela outra, as duas instituições, ou a menos clara pela mais clara.

A própria dificuldade dogmática, que fazia o encanto do estudo da estipulação a favor de terceiro, concorreu para a sedução de assimilar ao seu fenômeno a "anormalidade" dos títuos negociáveis. Junte-se isso às semelhanças parciais, como veremos existentes entre eles, e teremos a explicação de voltarem a tal hipótese alguns juristas recentes.

A primeira consiste no seguinte: tanto por uma como por outra das duas declarações, as partes criam direito (diz-se) que não aproveitará a qualquer delas, e sim a terceiro, pessoa estranha à convenção. *Quase sempre,* não é ao tomador que,, se há de pagar o titulo negociável, mas a outrem, o terceiro, o possuidor sucessivo, talvez posterior a muitos possuidores. Ésse, estranho à convenção inicial, possivelmente nio a conhece. (Note-se como se descamba para a relação jurídica subjacente, simultânea ou sobrejacente, supondo-se, ainda mais, que *teria* de ser de origem negocial.)

A segunda é ainda mais superficial. Afirma que, pela criação do titulo negociável, se faz nascer ao futuro ou aos futuros possuidores direito contra o subscritor, ou, na letra de câmbio, contrá o sacado. O portador seria o titular de credito oriundo de contrato. Veja-se, desde logo, a inutilidade de se recotrer à estipulação a favor de terceiro.

Se não se teme a arbitrária proposição do Vinculo contratual entre o portador, futuro, substituivel, e o subscritor, fôra mais simples, extraordinâriamente mais, simples, aceitar-se" a autonomia como efeito, necessário, de tal relação jurídica. Ora, esse caráter contratual é que destoa e aberra dos princípios do direito e das realidades. Não insistiremos nesse ponto, antes tantas vezes versado, e ao qual volveremos, sob outro aspecto, mais adiante. Para os teóricos da estipulação a favor de terceiro, a analogia é suficiente para a explicação dos títulos negociáveis, o tomador é estipulante; estipulado é o devedor, que exerce a função de promitente; o terceiro é o portador, pessoa ainda não determinada, mas que *existe.*

3.CONSIDERAÇÕES CRITICAS. Para que valha a estipulação, é preciso que o estipulante tenha interesse na execução. Nos títulos negociáveis, a tomador tem interesse direto e imediato na execução da" estipulação, porque, com essa e por essa, se extinguirá a sua divida

para com o portador, isto é, com a pessoa a quem transmite o titulo negociável. Aqui, os partidários de tal teoria se dividem entre os que fazem da estipulação cláusula acessória do contrato principal *(e. g.,* R. SALEILLES, *ttude* aia‟ *la Theorie Générale de l‟Obligation,* 2.‟ ed., 301, nota 1) e os que a consideram contrato por si mesmo o próprio contrato *(e. g.,* P. NATrAN *(Dei l‟Endossement des Titres* 4

ordre, 1 s.). Aliás, aqueles, quase sempre, recorrem a inextricáveis combinações. Sina de exemplo o próprio RAYMOI4D SALEXLLES: “L‟idée qui ressort de la nature du titre à ordre est certainemant celle d‟une suite de cessions à personnes inconnues, acceptés d‟avance par le tireur, avec engagement direct pris par lui et constituant comme une sorte de clause accessoire, à la façon d‟une stipulation pour autrui, du contrat principal jvassé avec le bénéficiaire du titre. II y a engagement pris envers un premier créancier, avec engagement accessoire envers les endossataires successifs. L‟idée de cession domine, combinée avec l‟idée de stipulation pour autrui”. Analisemos o trecho. Série de cessões a pessoas indeterminadas. Tais cessões seriam prêviamente aceitas pelo sacador.

Mediante elas, ele se obrigaria diretamente por uma espécie de cláusula acessória, à maneira de estipulação a favor de outrem. Donde obrigação para com o primeiro credor e obrigação acessória para com os endossatários (ou possuidores) sucessívos. Cada uma das proposições se choca, de frente, com os princípios jurídicos.

Raramente se pode conceber e formular tão completo transunto dos elementos inaceitáveis das diferentes teorias.

A imprestável noção da *incerta persona* como sujeito, a de cessão com aceitação prévia, a da estipulação para outrem, tudo se aglomera e conglomera no trecho do jurista francês. Tinha ele de ver, primeiro, o negócio jurídico do subscritor, depois, *qual* o momento em que „começa a eficácia dele, e porquê; finalmente, se a dívida e a obrigação têm o mesmo momento de nascimento, ou se têm dois, um para cada uma.

Não são mais felizes os que recorrem ao contrato a favor de terceiro, em vez de à estipulação cláusula acessória.

r

Para eles, a transmissão do título negociável é espécie de cooperação de cada portador no contrato primitivo, a caminho do credor definitivo. O *endOsso* seria o ato, pelo qual cada um dos endossantes

cede a outrem, que é o endossatário, o seu direito de designação do credor definitivo. No enredado de tal concepção, mais se encobre a verdade do que se procura pó-la, a luz. Fala-se de ato de cada possuidor, que constitui cooperação dele no contrato primitivo. Ésse ato é o *endôsso,* ou a *tradição* do *titulo ao portador.* Ora, o endossante, que não foi tomador, e, muito menos, o transferente do título ao portador, que o não recebeu do subscritor, nenhuma participação tem no ato do subscritor no tocante ao vínculo negocial. se encontra, como possuidor, inserto na relação jurídica de crédito, que a prova lhe conferiu. Se A entrega título inominado como mensalidade da secretária, e essa pagou, com ele, as suas contas, nem o adquirente do título, que o passe adiante, nem ela colaboraram fio ato de criação da companhia que o emitiu, ou do Estado, tratando-se de bônus da dívida pública. Tôda idéia de participação constituiria laço imaginário, que não se poderia justificar, sequer, como expediente explicativo. Demais, se o portador tem alguma missão, não é a de sucessiva estipulação a favor de terceiro, nem, tão-pouco, a de colaboração no contrato primitivo. Éle possui coisa, *res,* que é o título, pode transmitir a posse segundo a lei (endôsso, tradição). O portador serve de instrumento, cuja natureza já estudamos, no passar adiante a declaração que está escrita (aliás, nas promessas verbais ao público, o processo é semelhante, bem que de bôca em bôca), ou o guarda para si e, no momento oportuno, o apresenta, criando-se a obrigação . Essa é que é a verdade; e a alusão ao contrato a favor de terceiro 011 ~ cláusula acessória ápenas complica, sem vantagem, a análise e a explicação do instituto.

Além das objeções que fizemos, cumpre que se pergunte o seguinte: ~ como admitir-se que a designação do credor definitivo se faça sem participação do subscritor do título inominado, ou do sacador e do sacado, nos títulos à ordem? Respondem que pela exigência da apresentação do título, que dará ao portador todas as aparências de ter sido o designado, ou, nos titulos à ordem, pela exigência da apresentação e da menção ordenada das cessões , que seria a série dos endossos. Disfarçadamente, é a velha noção da presunção de renúncia, que não merece nova critica.

Outros juristas frisam a analogia entre o contrato a favor de terceiro ou a cláusula acessória e os títulos negociáveis, porém, descendo à explicação, afirmam que uns e outros constituem atos jurídicos unilaterais puros.

,Por que, então, se recorrer a uma das instituições para se explicar a outra, quando a explicação está em terceira noção que serve às duas?

O argumento entusiástico dos partidários da teoria da estipulação a favor de terceiro é o da analogia econômica entre esse instituto e os títulos negociáveis. Ora, exatamente sob o aspecto econômico é que a discordância é mais sensível. Em todo o caso, o~ opositores não foram felizes. Um deles, A. rICHOfl, disse que a estipulação para outrem tem por fim principal o beneficio de terceiro, ao passo que, nos títulos negociáveis, o contrato primitivo é sempre de fim utilitário dos figurantes. Não é exato. É até possível que se inverta inteiramente a situação seja de fim utilitário dos figurantes a estipulação d favor de terceiro e ato de beneficência o título ao portador. Além disso, é vicioso estar-se a discutir com a análise de outros contratos, ou de outros atos jurídicos, que não são necessários à estrutura jurídica dos institutos, tanto assim que podem não ter existido.

Admitindo-se a teoria da estipulação a favor de terceiro , ~como se explicaria a inoponibilidade das defesas concernentes ao contrato primitivo? Não percamos de vista que o contrato é concluído entre o promitente e o estipulante e que nele repousa a obrigação tomada para com o terceiro. Se o contrato não é válido, ~como se explica que yalha a estipulação? O argumento é forte. Se o jurista afirma que se trata de contrato a favor de terceiro (portador), concluído entre subscritor e tomador, e esse contrato não existiu. ou é nulo (o título fôra roubado ou perdido ou ilícito o objeto), cai por terra, irremediàvelmente, a teoria. Se o jurista pretende que se trata de cláusula acessória, a cláusula tem de falecer com o contrato, ou não existiu, se o contrato não existiu.

É interessante verificar-se como se saíram disso os partidários da estipulação para outrem como analogia suficiente à explicação dos títulos negociáveis. Disseram eles que o toma-dor, ao contratar ou estipular a cláusula a favor do portador, faz com o devedor convenção pela qual esse renuncia a opor as objeções e exceções. É voltar aos mesmos frágeis expedientes, de que se valeram, inútilmente, os partidários da teoria da cessão.

Aliás, a cada invectiva sentem~se eles forçados a pegar, de nôvo, as mesmas noções, já criticadas e destruidas, das teorias mais velhas. No caso da letra de câmbio, na qual o toma-dor é obrigado ao portador, o recuo histórico é curioso. Na estipulação para outrem, não ha relação entre o estipulante e o terceiro beneficiário, e sim, de uma parte, entre o estipulante e o promitente, e, de outra, entre o promitente e o terceiro. Já ai aberraria da estipulação.

Como explicar-se isso? É incrível que, depois de tanto esfôrço analógico, se vejam na contingência de aventurar que se trata de caução. Inútil, pois, tôda a elaboração da teoria. Sobre a estipulação a favor de terceiro, Tomo XXVI, §§ 3.153-3.167.

r

§ 3.707. Teoria unilateralística pura

1. CONCEITOS. Já foi exposta, em sua significação geral, a teoria unilateralística pura. Não cabe repetirem-se considerações que não tocam de frente ao assunto de agora, que é o da *inoponibilidade das objeções e exceções;* Talvez melhor disséssemos, em vez de teoria, teorias unilateralisticas puras, porque de KARL EINERT aos nossos dias a parte explicativa muito variou, soltando-se alguns elementos comparativos, de que se valiam os autores, e acentuando-se traços, que passaram a ser principais na estrutura dogmática da nova atitude.

Chamamos teorias unilateralísticas puras aquelas teorias que, em vez de se restringirem a falar de unilateralidade a respeito do negócio jurídico, a discutem no tocante à *divida* ou à *divida* e à *obrigação.*

Muito se deve a elas, a despeito da má posição do problema, razão maior para repelirmos o que não é, nelas, *verdadeiro.*

2. NOvIDADE DA ATITUDE. Dissemos “nova atitude”. Nova, pelo contrariar a doutrina do Direito das obrigações, nos seus princípios mais assentes e racionais, ainda quando a teoria não se revestia daquele teor paradoxal, sob o qual a encontramos em certas frases de H. SIEofl~ e de outros.

A associação das duas noções, a de *obrigação abstrata* e de *ato formal,* já aparecia em KARL EINERT, referindo-se à cambial, há quase um século. Auscultando o mundo econômico do seu tempo, apontou ele dois princípios jurídicos, que deveriam servir de fundamento à elaboração de direito cambiário adequado aos negócios do século XIX: para exercer a ação judicial, que lhe tutele os direitos e pretensões, não precisa de outros dados o possuidor além dos que constam da cambial; a promessa, que se faz em tais títulos, não vai a credor determinado é feita, em forma geral, ao público. Daí a independência, ao que nós hoje chamamos *autonomia,* do direito de cada possuidor

em relação aos possuidores antecedentes. Pôsto o princípio, estaria, implicitamente, resolvido o problema da inoponibilidade das objeções e exceções. Em suma, o que se dizia era, tão-só, o seguinte: o direito do adquirente posterior independe das relações causais dos predecessores.

Porém verdade é que KARL EINERT não se preocupou com a fundamentação científica das máximas que ele preestabelecera, como bases de direito futuro, inspiradas nas necessidades do tempo a vir (KARL EINERT, *Das Wechselrech.t nach dem Sedúrfnis des WechselgescMfts im* 19. *Jarhundert,* 1 s.) Coube a estudos posteriores e alheios o desenvolvimento dos temas. Quando à independência formal, Fa. LIEBE

extraiu da *stipulatio* romana o conceito de obrigações fundadas na palavra e na forma. Era o *ato formal.* Chegar até aí não bastava e FE. LIEBE tomou o conceito da promessa abstrata, o que completou a motivação científica das máximas de KARL EINERT. Restava o problema da justificação da obrigação abstrata. Que fez FE. LIEBE?

Reconheceu que as obrigações formais também eram impugnáveis pela falta de causa válida (FR. LIEBE, *Die Stipula.tion und das einfache Versprechen,* VI s., 3, 83 s.; *Ent"wurf einer Wechselordnung filr das Herzogthum Braunschweig sammt Motiven,* 39 5.; *fie aligameine deutsche Weehselordnung,* XXIII s.), mas advertiu em que uma coisa *é* a existência do *direito de crédito,* que depende da *causa,* e outra a admissibilidade da *ação,* que independe. Digamos com as suas próprias palavras: para se motivar ação, eficaz por si mesma, não se precisa de causa; ao passo que, para a existência do direito de crédito, ocorre uma causa, porque sem causa o direito se pode apagar. Para chegar a tal conclusão, partiu de que a convenção, privada de forma e só firmada na pura vontade, é eficaz. (Observe-se que falta a ER. LIEBE atender a que a diferença não era a que ele *via,* mas entre três momentos, necessàriamente posteriores, à criação ou à subscrição do titulo ao portador: o do nascimento da dívida, o do nascimento da obrigação, e o do nascimento da ação.) A concepção de Fa. LIEBE foi assaz criticada, com exprobrações, por II. THÕL *(Wechselrecht,*

4 a ed., 88 s. e

217 si, que chamou a atenção para a impossibilidade de se definir a cambial sem se atender à segunda máxima de KARL EINERT. Com isso, o inovador de 1839 ganhava colaborador valioso. Eis como pôs em relêvo a independência material da cambial: a promessa de soma de dinheiro é sem *causa debendi;* as relações subjacentes são sem

importância para o .direito da cambial. A explicação só servia para as obrigações cambiárias, e sabemos, desde que tratamos das teorias em geral, qual a sua atitude no caso especial dos títulos ao portador. A maior objeção, no terreno cambiário, foi a seguinte: se é certo que o ato formal deixa sem explicação o direito dos adquirentes de boa fé (inoponibilidade das objeções e exceções), a promessa de dinheiro fica em xeque quando se cogita de relação entre os participantes da formação da cambial, quer dizer do subscritor e do tomador. A critica também se há de fazer no domínio dos títulos ao portAdor.

Vejamos como H. THÓL respondeu á isso. A redargüição foi inesperada. Escreveu ele: nem sempre existe

„relação jurídica entre o devedor cambiário e o tomador, tanto assim que esse tomador pode" estar por conta de *r*

terceiro. E concluiu. triunfante (758 s.) : o tomador da cambial não é, como tal, contraente cambiário. Uma vez que ele não é contraente cambiário, e tão-somente contraente no negócio possível de que se originou o título, a crítica não atingiria o alvo, evidentemente.

De passagem, observemos que a resposta de H. THÓL tocou, de longe, a verdade. Se atendermos à teoria científica, os f atos desenrolam-se do seguinte modo: com a declaração subscrita na cambial ou outro título negociável, o subscritor perfaz o negócio jurídico unilateral e ficará vinculado desde o momento em que haja contacto entre o seu gesto de grafia e a ambiência social, o *alter*. Não importa ter havido ou não ter havido tomador. Se é esse, figurante em negócio jurídico nulo, que vem apresentar o título vencido, o vínculo não se formou, porque a lei não pode ter querido a vincularidade oriunda do contacto com o *alter* inidôneo, cujo interesse não merecia ser protegido. Nesse sentido, sim, a resposta de II. THÓL, separada da sua teoria, é de valor indiscutível.

II. SIEGEL veio depois. Nele foi que a teoria unilateralística, com os dados históricos germanísticos, adquiriu a sua feição mais apurada, mais típica. O § 5 da sua tese famosa tratou da *sujeição* à *palavra,* do *dever de se manter,* por si só e de si só, *o que se disse,* dever que torna relevante a figura do devedor e irrelevante a dos credores. (Os leitores têm de prestar tOda a atenção, porque H. SIEGEL fala de obrigatividade, mesmo antes da emissão. Fez ele num só momento os três movimentos: o da subscrição, o da emissão e o da apresentação, que passou a ser cobrança, e não ato para o nascimento da obrigação.) Para que eu me obrigue, não preciso de alguém perante quem me

obrigue: eu mesmo me obrigo. O meu dever se basta, como eu me basto a mim mesmo. Ética e, *a fortiori,* religiosamente, tudo isso é magnífico de precisão psicológica, e, np terreno moral, às vezes verdadeiro.

Não no terreno jurídico.

O estudo histórico de II. SIEGEL apanhou a linha de caráter, que fez o eticismo dos povos nórdicos, e acreditou ele que os raciocínios formados em tôrno podiam penetrar no domínio jurídico. Erro explicável pela deficiência sociológica do tempo em que foi escrito o estudo de II. SIEGEL. É evidente a confusão entre relações morais e relações jurídicas. Bem que nas religiões e nas leis, escrevemos alhures *(Introducão à Politica Científica,* 138 e 185), se encontre o elemento moral, é mister não se confundireni os três fenômenos, o *religioso,* o *ético* e o A

juridico. A moral não disciplina pensamentos, como a religião: regra ações. Mas, no regrar as ações, difere do direito. Se conseguirmos caracterizar tal diferença, "isolado" está o fenômeno ético. Aliás, já o fizemos, e aqui apenas insistiremos em avivar côres e traços. O critério do processo jurídico é coordenar *interesses* sociais e *individuais* (proteção direta) ; o da moral, atender ao que é *socialmente útil,* com o que, em todo o caso, proteje o homem (proteção resultante) ; o da religião, *subdinar* o homem, em pensamento, *à ordem e à vida no meio físico e no social.*

Pode-se dizer que a atitude de II. SIEGEL, continuadora e acentuadora da construção de J. E. KUNTZE, vinha sendo preparada por diferentes caminhos. Investigações germanisticas da natureza da obrigação, estudos econômicos do tempo romano e dos novos tempos, análises eruditas de regras obrigacionais não-romanas, usadas e vigentes na Idade Média, tudo isso fornecia o material, de que se serviu J.. E. KUNTzE e de que, a certos respeitos, II. SIEGEL abusou. Contudo, como a sua teoria representava a extrema esquerda contra o conformismo das teorias do vínculo direto, são inegáveis os serviços que ela prestou no solapamento das velhas idéias, ainda tão resistentes ~m tantos países, e nas críticas, révides e elucidações, que os seus argumentos, verdadeiros ou falsos, provocaram no meio jurídico. Além disso, J. E. KUNTZE e H. SIEGEL, na parte, por bem dizer-se fotográfica dos fatos, eram portadores de parcelas de verdade, que as outras atitudes dogmáticas não traziam.

Deve-se mesmo proclamar que não é possível, na elaboração teórica dos títulos ao portador, dos títulos à ordem.

da promessa de recompensa e de outros institutos jurídicos similares, conseguir-se qualquer construção sólida, sem se partir de J. E. RUNTZE e de EL SIEGEL. São o comêço de era nova, que veio até R. voN JUERINO e, em certos pontos, até nossos dias e para dentro do futuro.

Dentre os elementos, a que acima nos referimos, preparativos das atitudes de J. E. KUNTzE e de 1H. SIEGEL, está a distinção entre o direito romano das obrigações e o direito dos germânicos. Nos meados do século XIX, CARL AOOLF SCHMIDT e GEORO BESELER procuraram evidenciar o caráter inconfundível das duas concepções. O primeiro via como o fundamento da obrigação romana o crédito, ao passo que, para os germanos, seria a promessa (CÁn ADOLF SCHMIDT, *Der principielle Unterschied zwi.schen dem rdmi.schen und germanischen Recht,* 1, 251 s. e 256). Semelhantemente, o segundo, que extremava, como distintos, o direito do credor e a vontade do devedor (GEORG BESELER, *Sijstem des gemeinen deutschen Privatrechis,* 2.8 ed., 479).

Depois, J. E. KUNrIE mostrou que a *atipulatio* ficou como a forma principal da vida de relação dos Romanos, em sua estruturação primava a atividade do adquirente, enquanto, na concepção germânica, mais relevante era a *r*

atividade do disponente. Donde o papel precípuo da promessa e a função posterior, secundina, da aceitação *(J.* E.

RUNTZE, *fie Lehre von den Inhaberpapieren,* 353). Expressões como *pacta sunt servanda, 3*

3 *promissa, quae sund servanda, promissa, quae homo voluntarie facit, adimplere debet,* assaz *4*

4 dizem do elemento moral na obrigatividade germânica. No *Sachsenspiegel* e noutros velhos *5*

4 documentos germânicos, as fórmulas aparecem, a cada momento, que o confirmam. Vê-se bem a firmeza do propósito de *manter,* antes do prôpósito de *adimplir. É a Gebundenheit an*"*s Wort.* A obrigação de manter pode existir sem que se saiba qual das pessoas vai ser escolhida segundo determinado critério: é o caso da promessa de recompensa. Também se pode ser obrigado a manter, enquanto o ausente não aceita: é o caso dos contratos nos quais o oferente está distante do destinatário da oferta, O contrato só se forma depois, quando se dá a aceitação. Também épossível a obrigação no caso de

aceite da cambial e do contrato a favor de terceiro (1H.‟

SIECEL, *Das Versprechen ais Verpflichtungsgrund,* 41-45.) Em todos os títulos chamados de crédito, viu II. SIEGEL simples promessa; ela, e somente ela, é o fundamento da

„obrigação. Aqui, logo afasta qualquer noção de incorporação da obrigação no título, ou do direito de crédito.

Como se sabe, a primeira foi a opinião de F. VON SAvTCNY; a segunda, a de FR. LIEBE. Quer nos títulos à ordem, quer nos títulos ao portador, entendeu esse que a promessa se torna coisa, objeto de valor, regido pelos princípios concernentes aos móveis.

O fato de continuar obrigado o subscritor, ainda que o título tenha circulado sem ou contra a sua vontade, fato que a J. C. BLUNTSCHLI pareceu em contradição com a essência da ordem jurídica, e a JOLLY, atentado contra todos os princípios jurídicos, seria perfeitamente explicado pela concepção da unilateralidade obrigativa (cf. 1H.

SIEGEL, *Das Vers‟prechen ais Verpfliehtungsgrund,* 114 s.). Antes, O. F. PUCHTA afirmara que o fato aberrava dos negócios obrigatórios ordinários, Fa. LIEBE falava de *contractus,* suspeitando do têrmo, e KARL EINERT, depois de asseverar a inadaptabilidade dos princípios contratuais romanos, viu, na cambial, negócio com o *publicum.* O próprio F. VON SAVIONY recorrera a contrato *cum incerta persona,* concepção acoimada, por J. E.

KUNTZE, de *contradictio in adiecto.*

Com *J.* E. KUNTZE surgiu a *teoria da. criação,* a que 1H. SIEGEL censurou a subjacente bilateralidade. Na própria palavra criação estaria a concepção do ato bilateral. Na análise, desceu a verdadeira sutíleza psicológica, a uma quase psicanálise. A certo momento, J. E. KUNTZE *(Deutsches Wechselrecht,* 51) escreveu que, entre a subscrição e a tomada da cambial, esta é como um *partus conceptus,* mas *nondum editus.* 11. SIECEL

exprobrou-lhe a imagem, porque isso denuncia, disse ele, alusaG à bilateralidade contratual. No livro sobre títulos ao portador, J. E. KUNTZE escreveu que, com o início da circulação, isto é, com a entrada na mão de outrem, ou assunção de nôvo possuidor, estranho que é, nasce a obrigação, ao passo que, antes, com a concepção do escrito, está concebido, criado, o titulo ao portador (J. E. KUNTzE, *fie Lehre von den Inhaberpapieren,* 358). Não lho perdoava II. SIEGEL: são resquícios, escrevia ele, do bilateralismo romanístico. Para esse, a

verdade é outra: o título não nasce por ocasião de começar a circulação; o momento de nascer é o momento da concepção: titulo criado, título nascido (II. SIEGEL, *Das Versprechen ais VerpfUchtungsgrund,* 125). Não há dois atos sucessivos, na concepção e nascimento, como nos animais; o que há é concepção e nascimento simultãneos.

Dois erros, um de cada lado: a) A criação, a subscrição, não bastaria para criar a relação jurídica de dívida; a *fortiori,* relação jurídica de obrigação. lO Subscrever e emitir, nu subscrever e ir a mãos de outrem o título, com ou sem a von

tade do subscritor, são momentos inconfundíveis, um dos quais é, pelos menos conceptualmente, posterior ao outro. Não se emite sem se criar; não vai às mãos do ladrão ou do achador o título se não foi criado.

4. ELEMENTOS DE CRITICA. Em sua simplicidade, que podemos denominar radical, a teoria de 1H. SIEGEL

explicava a inoponibilidade das defesas, como explicaria tudo mais, porque nasceu do firme propósito de aceitar e juntar em tese todas. as anomalias e dificuldades. O problema desaparecia, pela confusão entre as premissas e as conclusões. Na sua elaboração há espécie de diálogo infantil: Por que isso se dá? Porque assim é.

a) Na tranqúila ambiência do direito tradicional das obrigações, a sensação foi de escândalo. Em tôrno de 1850, ou, para sermos mais explícitos, no segundo têrço do século XIX, vemos cederem, ao choque da investida germanística, certas muralhas romanas da teoria das obrigações. É fácil compreender-se o distúrbio, a estupefação, até certo ponto a penosa impressão de desordem intelectual, que o fracasso das explicações pelo vínculo contratual causava no mundo dos juristas. Depois, mais serenados os ânimos, sem que a luta cessasse, a *teoria da apresentação,* pelo reexame dos fatos (não pelo gôsto de conciliar, que, em matéria de ciência, não cabe), mostrou que não eram tão inevitáveis, como se afirmava, os postulados da doutrina nova, nem tão definitivas, como se pretendia, nem irreparáveis, as ruínas dos princípios até então assentes.

A noção do título formal e abstrato, gerador de obrigaçao, adquirira solidez teórica, que vinha fortalecer, nos *r*

alicerces construtivos da dogmática dos títulos negociáveis, os inestimáveis resultados da prática. Passaram a ser integrantes as

noções de abstração e de *caráter formal.* Vulgar passou a ser a dissociação entre a causa da obrigação original (relação jurídica subjacente, simultânea ou sobrejacente), e a divida oriunda do título ao portador. Noutros termos: fizeram-se perceptíveis a dívida constituída pelo titulo e a operação concreta, tão separável daquela, ou, melhor, tão separada, que poderia não existir, ou existir nulamente, sem prejudicar a existência daquela.

b)De uma vez por todas se proscreveu a noção do titulo instrumento de prova. Passou ele a ser ato jurídico gerador de obrigação, como a *stipulatio* romana e o contrato *literis.*

c) Negócio jurídico formal, na maioria dos casos, o ti-fruto, por seu conteúdo, se determinava em extensão e limites. Com ele nada poderiam ter outras relações, anteriores ou posteriores, *de que* e *para que* se haja feito.

Donde as consequências mais discerníveis e, quanto à prática, mais importantes. Para saber o que é que vale o título, o que é que significa a promessa e, pois, o dever do subscritor, qualquer pessoa não precisa de outra coisa que consultar o próprio título; fora do teor do titulo, nenhuma objeção ou exceção pode ser oposta.

A separação é completa. Subscrito o título, e possuído, todas as ligações psicológicas entre o subscritor e o tomador, ou entre o sacador e o sacado, ou quaisquer intenções jurídicas do subscritor, são estranhas à dívida recém-nascida. Poder-se-ia pensar na imagem de cordão umbelical que se cortasse. Porém nem isso ocorre. 0

título poderia ter nascido sem ser necessário, sem, de fato e de direito, existir o ventre gerador do contrato prévio, ou do contrato futuro a que se destina o título. Um exemplo, que não lembrou a II. SIEGEL, é frisante: em tom de pilhéria, o banqueiro assina um título; assinado, o gatuno arrebata-o e desconta-o, adiante, neutro banco. Não se poderia cogitar do contrato prévio ou final, porque esse não existiu. Nem precisava existir.

Objeta-se que se distancia do direito a modificação de divida, a ponto de se fazer absolutamente nova, pela simples redação de instrumento. Convém insistir-se no assupto, porquanto, aqui, a defesa da teoria unilateralística envolve a própria defesa da teoria que sustentamos. Tanto a essa teoria quanto àquela pertence a convicção da perfeita independência causal da dívida oriunda do título negociável em atinência ao possível contrato anterior, ou esperado pelo subscritor, ou qualquer outra relação jurídica subjacente, simultânea, ou

sobrejacente.

No título negociável, como na promessa ao público por outros~ meios que não os títulos (anúncios nos jornais, reclamos com prêmios ou apôstas, aparelhos automáticos, concursos), o promitente obriga-se de maneira mais rigorosa do que o seria em negócio jurídico de outra natureza. O próprio credor futuro (futuro, de acôrdo com a teoria que sustentamos e a da pendência) fica submetido a exigências que, se, sob certos aspectos, não são tão ríspidas na época em que ele ainda não é credor, são, indiscutivelmente, mais estritas quanto ao ato criativo da obrigação e dai em diante. Nenhuma semelhança existe entre o instrumento de obrigação preexistente por exemplo, a compra de uma casa e o papel de valor, que o comprador subscreveu para completar a quantia a pagar no ato, ou em tempo posterior. Naquele ato de compra-e-venda, comprador e vendedor são figuras essenciais da operação. Não se dá o mesmo quanto à subscrição dos títulos. Nessa, o tomador (vendedor da casa, no nosso exemplo) não é mais do que figura ocasional, dada a natureza do título, que passa pelas suas mãos, como poderia passar pelas mãos de quaisquer pessoas. Título que não deixa de ser o que é, no caso de ter sido escrito na ocasião do ato da compra-e-venda, e de ter voado, com o vento, pela janela ou de ter desaparecido. Diante de tal fato, jque é que pode significar, para a essência do título, para a determinação da sua natureza e da sua função jurídica, a existência do ser ocasional, prescindível, regular mais supérfluo, que é o tomador?

d) O único elemento que pode distinguir dos outros e futuros possuidores o tomador é de ordem psíquica: ele conhece, ou pensa conhecer a causa do negócio, de que saiu o titulo ao portador. O argumento do conhecer a causa é tão fraco, que se esboroa à primeira critica. Certo, na ordinariedade dos casos, o possuidor ignora a causa inicial, ao passo que o tomador a conhece. Mas esse conhecimento não é necessário e pode bem ser que o título tenha sido feito para a operação que se não realizou, ou tenha voltado às mãos do subscritor, que o entregue ao tomador, em operação inteiramente diferente. Donde: poder ser falso o conhecimento, que tenha o tomador, dos motivos psicológicos da criação do título.

e)Quanto à teoria unilateralística, devemos observar que, maravilha de simplicidade, devido à própria singeleza da construção, apresentou-se, nos escritores alienígenas, sob vestes de lamentáveis confusões. Fascinados por ela, os juristas a adotaram, sem se preocuparem com o exnurgo das idéias, que ela veio destruir e substituir. A cada momento encontram-se-lhes trechos que irritariam a II. SIEGEL, tão exigente, como vimos, quanto à pureza e inconfundibilidade da atitude que

assumira. Para só citar um livro, apontemos a monografia de GEORGES

CAILLOL, na qual, antes, durante, e após se aceitar a teoria, se fala em termos bilateralizantes, e por vezes se inserem proposições incompatíveis com a concepção adotada. Aliás, quase um século depois de RARL EINERT

e já a caminho de um século a partir de J. E. KUNTZE e de H. SIEGEL, veio lentamente atuando, nos povos de língua não germânica, a teoria depurante; porém sem o grande choque, desvantagem eVidente, por terem os *r*

juristas de *viver a luta,* assistindo a confusões perigosas entre contrários, sem se poder adotar atitude de crítica objetiva quanto ao passado revolvido e ao elemento revolucionador.

5.EXAME DAS CRITICAS FEITAS PELOS JURISTAS. Passemos à crítica da teoria unilateralística, ou, mais exatamente, ao exame das críticas feitas a tal teoria.

a)Tanto mais rígido o romanismo de um código, tanto mais hostis às explicações não contratualísticas a doutrina e a jurisprudência. O fato excepcional existe, e é interessante observar-se que mais repugna soltar os compromissos com as interpretações do vínculo contratual do que aceitar, em todas as conseqOências práticas, que tjnstituem, na verdade, o elemento mais extraordinário, tal fato esgarrado dos cânones da teoria geral das obrigações.

O direito comum, as legislações civis de quase todo o mundo, querem que a cada obrigação corresponda operação concreta, a *causa;* e disso proveio a repulsa à concepção das obrigações abstratas. Não faltam os que acoimem tais doutrinas de restauradoras de formalismo primitivo, incompatível com o sentido da evolução jurídica. Mas há forma e forma. Formalismos existiram de que está cheio, por exemplo, o velho direito romano que marcam eras de incipiente cultura jurídica, devido à rudimentariedade dos meios de prova Por outro lado, ainda confusos certos processos sociais de adaptação (religião, política, direito, as solenidades exerciam funções acordes com a estrutura social de tais momentos. Muito diferente é o formalismo de hoje, menos fruto empírico ou cerimonioso, do que criação utilitária, consciente, por bem dizer-se indutiva e experimental, da vida de relação. A história da letra de câmbio e, em geral, dos títulos negociáveis constitui a melhor comprovação de que a atividade jurídica dos tempos progredidos

também cria formas, sugeridas por evidentes necessidades econômicas e de técnica.

Outrossim, é inegável que caminham parelhas, nos estados elevados da evolução social, a aparição de formalismos e a elaboração correspondente de dados abstrativos, dogmáticos, suscitados, simultâneamente, pelas exigências intelectuais do espírito contemporâneo.

Muito se distingue, portanto, dos formalismos primitivos o formalismo não renascente, mas nôvo, criado pela própria rapidez das relações do comércio e as pressões da segurança indispensáveis à intensificação da vida e dos negócios. Assim, a crítica, que considera evolução a predominância dos contratos de boa fé após os contratos de direito estrito, erra, palmarmente, quando crê que a evolução deveria continuar no mesmo sentido, impossibilitando o nascer e o desenvolvimento de formas novas. Ainda há uns trinta anos, ferimos, em ensejo assaz propício, que foi o estudo das formalidades testamentárias, o problema, tantas vezes prejudicado pelos julgamentos apressados das leis sociais. Dizíamos então: “A Forma é processo técnico. Nos nossos dias, não pode ter caráter ritual, mas próprio à estabilidade específica das Religiões. Seria inconseqüência (nos tempos de hoje, em que a inteligência tem finura bastante para reconhecer e discernir os fatos do direito, e para discriminar relações em sua realidade imaterial) alimentar a superstição dos formalismos obsoletos, que prejudicaram, em vez de servir à vida”. Tínhamos em mente os títulos negociáveis e outros institutos formais. Prosseguindo no trato que se operou do formalismo romano à mentalidade hodierna, vemos que se procedeu a verdadeira crítica das funções das formas, sem qualquer preconcebida antipatia (pois que a vida moderna criou formas novas), porém no sentido de se apreciar a utilidade social e individual do seu emprêgo. Daí movimento de emancipação; movimento que apenas constitui, nesse domínio, a realização de uma das leis evolutivas do Direito. Tanto assim que, no apreciar as formas como processo técnico, meios para fins de segurança jurídica (se garantem, segurança para

os que desejam eficácia aos seus atos de vontade; se limitam, segurança para os outros), o direito contemporâneo, como o dos séculos passados, ora atenua o rigorismo da forma como elemento, exterior e sensível, necessário ao ato jurídico, ora reconhece a legitimidade de novos quadros formais em que se verta e se modele o querer dos homens. De tudo isso há de tirar-se que o envólucro plástico não deve sacrificar os fatos ou atos que deve revestir.

Se é certo que, às vezes, o requisito formal tem por fim delimitar, dificilmente se poderiam, ainda nesses casos, intrometer considerações de sacrifício do fundo, do ato, de mal compreendida servidão à forma solene, seja probatória, seja acauteladora ou normativa (de habilitação, ou de processo, ou de fiscalização). Também se tira, não só que as regras jurídicas de forma são suscetíveis de interpretação, com todas as possibilidades dos modernos critérios de apreciação científica da lei, como, por igual, que elas não devem ir além do fundamento ou do critério inspirador do processo técnico, que é a forma. Processo técnico não é fim, é meio. Por outro lado, não se veda ao direito não escrito estabelecer cautelas, exigir formas a determinados atos, às habilitações, aos propósitos de publicidade e, se a necessidade o inspira, à prova de fatos. Não é a lei escrita a fonte única do Direito, nem se abre ao principio da multiplicidade das fontes essa exceção relativa às regras de exigências formais.

Nos sistemas jurídicos, o caráter abstrato ainda mais repugna aos juristas, pela importância atribuida à provisão.

r

Argumento tanto mais sério quanto se sabe que a unificação internacional do direito cambiário encontrou, exatamente nesse ponto, o seu máximo obstáculo. Os unilateralistas respondiam: o portador não leva em conta a provisão, por isso mesmo que a ignora; o que ele vê e o que decide da sua opinião, ao adquirir e ao vender um título, é a assinatura do subscritor, ou de outros obrigados posteriores, como os endossantes dos títulos à ordem. Os críticos replicam: se foram apostas as assinaturas, ~e o título é sério, houve provisão, e o portador associa, necessariamente, *assinatura* e *provisãO.* Ora, parece-nos que a contenda perde todo o contacto com o problema inicial. Ignore o portador, ou não, a existência da provisão, nada importa. O que importa é o conjunto de circunstâncias, de que depende, econômicamente, o valor maior ou menor do título.

Porém qualquer das circunstâncias, ou conjunto delas, não pode alterar a natureza do título, nem a sua conceituação.

b) Outra proposição da teoria -unilateralistica que provocou veementes criticas é a de ser *nova,* outra, a obrigação contida no título negociável. Sirva-nos de exemplo a atitude da doutrina francesa quanto à letra de câmbio.

Sustentou-se que ela não gera direito, apenas atrai a si o direito já

existente e lhe dá forma nova. Após a operação, a obrigação que existe entre os figurantes, transporta-se à letra de câmbio. Citemos a ALBEi~T WAHL, em trecho de comentário no *Recueil Sireij:* "L"effet représente cette créance, il y trouve son appui et serait bien impuissant à la nover, il ne pourrait même pas vivre sans elIe". Interessante é que daí se concluiu que o subscritor pode opor ao portador as exceções pessoais a esse. Se tal portador não é o tomador, se o título representa o crédito já existente, as exceções pessoais oponíveis deviam ser inerentes ao direito que já existia e o título representa, exceções. essas, pessoais ao tomador, e não ao portador subseqúente.

Todos os fatos mostram que as exceções oriundas do direito existente não passam do .portador ou primeiro portador de má fé aos portadores de boa fé. Não há lugar para a afirmativa da coexistência do contrato (que pode não ter havido) e do título negociável. Desde o .momento em que nasceu o título, nasceu separado, livre, autônomo. Tal autonomia, tal independência não dizemos cisão, porque cisão não traduziria o pensamento é essencial à natureza do título.

Não se diga que a dívida entrou em forma nova, que lhe impôs contornos originais, sem lhe mudar a matéria. Os fatos desmentem, integralmente, tal concepção. Basta pensar-se em que, ao subscrever o título, o declarante da vontade o torna ato jurídico *perfeito,* porém ainda não é *devedor.* Somente se faz devedor ao acontecer *em outrem* a prova do título.

c) Até aqui a defesa da teoria unilateralística importa salvaguarda da teoria que sustentamos. São traços comuns a ambas. Começam, porém, as censuras à unilateralidade própriamente dita, ao desconhecimento consciente da essencial bilateralidade das relações jurídicas, à concepção de obrigação onde o que está em exame é a divida, de ato que é, como já foi dito, como o animal extraordinário que se puxava a si mesmo pelos cabelos e se erguia com o seu só e arbitrário gesto. Demais, o unilateralista atribui ao declarante poder jurídico incompatível com a coexistência social. Admite deveres jurídicos sem direitos. Ou deveres e direitos antes de contacto com o *alter.*

Ora, dever sem direito é, por definição, dever moral. Dever jurídico quer dizer dever assegurado por ordem exterior, pela ordem dos próprios direitos constitutivos da vida de relação, protegida e assegurada por princípios e órgáos juridicos que não dependem dos dados conscienciais. t o ponto fraco da teoria unilateralística pura essa confusão primária entre relação jurídica e relação moral, entre o dever

jurídico, *ob-ligatio,* que liga o homem a outrem, ou aos outros *(alter),* e o dever moral, ejectivo, centrífugo, vindo de dentro do ho.. mem, dever pelo qual ele, com os seus depósitos interiores, a si mesmo se liga.

Dever sem alguém a quem se deva seria *contradictio irt adjecto.* Ao tempo de J. E. KTJNTZE e de H. SIEGEL

(aliás, aquele não incidira na confusão), tolerava-se certa imprecisão no conceito e nos limites do Direito e da Moral..

Alguns unilateralistas respondem que não é o subscritor que se obriga a si mesmo. A lei, para salvaguardar a segurança de terceiros, obriga-o a manter. Mas, se isso é certo, sonde a unilateralidade?

§ 3.708. A teoria científica

1.CONSTRUÇÃO DOS TITULOS NEGOCIÁVEIS. Se a teoria unilateralística pura fosse suficiente para a explicação, não estaria pendente, ainda hoje, a questão da construção dos títulos negociáveis, especialmente da cambial e dos títulos ao portador. O que a fez sedutora foi a adequação completa a certos efeitos. Sedução enganosa, porquanto ela foi criada, peça por peça, com a imagem de tais fatos. Já se disse que é apenas nome, rótulo. No fundo, à grave pergunta "que é um título ao portador?" respondeu: uma operação *sui generis;* e repetiu como dados explicativos o que era, desde o início, dados do problema. Mas os erros ressaltaram e ressaltam: ou viu deveres sem direitos, ou viu deveres antes dos direitos, ou viu *eficácia* onde só se tratava de *existéncia* do *r*

negócio jurídico.

Com a teoria científica ou teoria *do titulo ao portador negócio jurídico unilateral,* a inoponibilidade das objeções exceções pessoais aos poss údores anteriores não poderia deixar de existir. De mudo que o elemento perturbante passa a ser elemento essencial. x, necessária e suficiente, para uma boa teoria científica.

2.PROBLEMA DA INOPONIBILmADE DAS ExcEÇõES. Dissemos que, com a teoria que sustentamos, a inoponibilidade das exceções não poderia deixar de ser. Vejamo-lo; e isso nos fortalece a confiança na exatidão e comodidade da teoria.

Preliminarmente, observemos que não é de exceções que se há de cogitar, a despeito do extrapolamento com que se empregou o têrmo. Exceções, aí, está em vez de objeções e exceções.

O. ponto principal, que nos incumbe ferir, é o das defesas oponíveis ao tomador de má fé, ou ao possuidor de má fé em relação ao subscritor; porque, ainda mais do que a aparente anormalidade da inoponitilidade aos portadores de boa fé, grita o vir, após a adoção do princípio da inoponibilidade, o fato da oposição ao tomador de má fé ou possuidor de má fé em relação ao subscritor.

Pela declaração feita segundo a forma legal, inscrita no título e concebida como ao público (público, aí, como que molecular), o subscritor perfaz *título formal* e *literal.* Ao contacto com o *alh r,* que se faça possuidor de boa fé, nasce a relação jurídica de dívida. Já se está no plano da eficácia. t a lei que o quer, como é a lei que estipula a pena ao delinqúente e exige cumprimento nas obrigações *ex lege.* Título ao portador, promessa de recompensa e obrigações *cx delieto* não são institutos dispares. Há traços comum que os une entre si e que une os três ao direito penal, aos impostos, às multas fiscais.

O que a lei vigia .é o ato em si (cppacidade do subscritor, forma, requisitos intrínsecos) e o contacto com o *alter.*

Quer dizer: se houve o contacto, se o *alter* é digno da proteção legal. Quando o Código Civil estatui, no art. 508, que, se a posse fôr

de mais de ano e dia, o possuidor terá de ser mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários, protegeu a quem, segundo o critério da lei, pareceu digno de maior segurança do que teria se, contra ele, fosse possível o rito sumário. Mais acentuado é o caráter protectivo no caso do art. 510, pelo qual o possuidor de boa fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos. Na distinção *alter* digno e *alter* não-digno é a mesma a atitude da lei. Por isso mesmo, a dívida do subscritor não surge quando o título entra em circulação e permanece em mãos do. ladrão, dos cúmplices ou de possuidores de má fé (em relação do subscritor). O contacto é indispensável, o contacto com o possuidor de boa fé, que é o único protegido. A má fé, na série dos possuidores, e não em relação ao subscritor, não se leva em conta; porque uma coisa é a relação jurídica em que é devedor o subscritor, e outra, aquela, ou aquelas, com que se fez a circulação do título. Mais uma vez se evidencia a utilidade e a verdade da separação nitida entre elas.

~.Por que o subscritor pode opor ao tomador as objeções e exceções

pessoais a esse? Responde-se, vulgarmente, que é muito simples a razão: porque ele está ligado àquele por contrato e, por isso, o subscritor não perde o direito de se servir das defesas nascidas do contrato. Ora, rigorosamente, nada, com isso, se explicou. ~ Por que, tratando-se de obrigação independente do contrato, nova, autônoma, imissível, admitir-se que venha atuar no seu cumprimento defesa de outro contrato? Aqui, as teorias explicam o fato pelo próprio fato. Se o contrato e o negócio jurídico unilateral são distintos negócios jurídicos, sê-lo-ão para o subscritor e o tomador com todas as conseqüências.

A única explicação, que satisfaz, é a que demos desde 1921. Uma vez que a lei não protege, no caso de declaração ao público, a má fé, porque seria contradizer os seus próprios fins de proteção ao público, a dívida não se formou; portanto, não se deu a autonomia, não há dívida oriunda de título ao portador. Há documentos a que o contrato (se o houve) se refere, ou que, antes do contacto com o *alter* digno de proteção, foi tirado do cofre, da gaveta ou do bôlso do subscritor, ou por outro qualquer meio furtado ou roubado ao subscritor.

O que acima dissemos traduz, teôricamente, os fatos. A separação entre uma coisa e outra só se dá quando a outra coisa existe e existe por si. Ora, se o título ao podador não se fez vinculativo, se a dívida não surgiu não há a relação jurídica independente. As objeções e as exceções são oponiveis, porque só existe o contrato, o laço opositivo do roubo, furto ou apropriação indébita.

O subscritor criou título de que somente *pode ressaltar* dívida a favor do possuidor, que é quem o *porta* (= o conduz), o *portador.* A relação jurídica, como eficácia, que é, depende do contacto com o *alter* digno, porque contra o indigno há as defesas pessoais.

8.SAQUES E ExCEÇÕES. No caso do saque, ~ será a existência do contrato a explicação suficiente da oponibilidade das exceções? Aqui, a dívida abstrata e formal só exsurge, quanto ao público, como em todos os *r*

outros casos, quando se dá o contacto com o *alter.* Desde o momento em que o sacado se vincula, seja ao podador a cláusula, seja à ordem, a divida, no tocante ao *unus ex publico,* é formal e abstrata. Ao negócio ou combinação entre o sacador e o sacado, se houve, sobrevém, sem fusão, a dívida oriunda do negócio jurídico unilateral. Em relação à ambiência jurídica e aos interesses dos possuidores de boa fé, ignorantes, pela literalidade e abstração do titulo, de tudo que se

passou entre sacador e sacado quer dizer na relação jurídica em que são termos o possuidor e o subscritor tanto a dívida do sacado como a do sacador são abstratas e formais.

Por isso mesmo, também são inoponíveis ao podador apresentante as defesas pessoais ao possuidor precedente e aquelas que nasçam da nulidade ou da falsidade de um dos anteriores endossos. Qualquer noção de contrato, de vínculo contratual, seria incômoda e incompossível. A ligação do fato dos títulos negociáveis aos outros da mesma natureza (promessa de recompensa, venda em escaparates, sorteios mecânicos, autômatos) satisfaz, plenamente, as exigências para boa teoria científica. O sacado não pode retirar a sua promessa, porque ela, pela incidência da cláusula, foi ao público. Se o toma-dor estava de má fé, o sacado pode opor objeções e exceções contemporâneas à criação da dívida, diz-se. Nós caracterizamos mais: o sacado, como o subscritor dos títulos sem saque, só se vincula quando se dá o contacto com o *alter* digno da proteção da lei. Ora, as objeções e exceções oponíveis concernem a esse ponto, são possíveis, porque a dívida não existe; houve declaração unilateral da vontade, o querer de alguém, sem que houvesse, dp outro lado, o contacto com o. *alter* protegido pela lei. Argumento contra a teoria unilateralística pura, porquanto, havendo, no exemplo, caso típico de negócio jurídico unilateral, sem o contacto, a consequência é não surgir a dívida. Donde se concluir que a vontade de um, por si só, não se vincula; para que se forme o vínculo, para que alguém se faça devedor, é preciso que haja o contacto com o *alter* protegido pela lei e, assim, haja os dois termos da relação jurídica (devedor, credor).

Para pormos bem ao vivo o alcance da *teoria dos três momentos,* tratemos de caso excepcional. O subscritor, sacador, deixou o titulo ao portador sobre a mesa e alguém, que dele não era possuidor, o levou ao sacado e, depois, o traduziu a terceira pessoa, de boa fé. Essa pessoa é credor do sacado e pode ir contra o subscritor, além de poder ir contra quem lhe fez a tradição.

Dissemos, antes, que perfeitamente se ajustam a teoria unilateralistica pura e o principio da inoponibilidade das objeções e exceções, porém, como existe a oponibilidade ao tomador ou ao que desapossou o subscritor, ponto fraco dos unilateralistas é terem de excetuar o princípio para admitir fato tão destoante da afirmativa fundamental do famoso *Promisiste? Solve!*

Também advertimos que, adotada a teoria que sustentamos, a inoponibilidade das defesas não poderia deixar de ser. É consequência necessária, para a teoria que sustentamos. como o seria para a teoria

unilateralística pura.

Contudo, há grande diferença: enquanto os unilateralistas têm de admitir que se invoquem exceções, por exemplo, de um *contrato,* para eles, como para nós, estranho ao título, contradizendo a proposição do negócio jurídico unilateral da declaração de vontade de alguém cujo so *querer* vincula, a teoria que sustentamos leva, diretamente, às duas conseqüências : a de serem inoponíveis objeções e exceções causais e as demais aos portadores de boa fé e a de continuarem oponíveis ao tomador as extraídas do contrato origina], como ao desapossado as concernentes ao desapossamento, e assim por diante, porque *a. relação jurídica de divida,* a despeito da declaração unilateral de vontade, *não se formou* (não houve contacto com o *alter* protegido pela lei).

4.DEFESAS SEMPRE OPONíVEIS. Servimo-nos do dístico um tanto paradoxal, tratando-se do nosso assunto, que é o *princínio da inoponibilidade das objeções e das exceções.* exatamente para bem caracterizarmos a extensão do princípio, a sua natureza e a sua função social. Havendo de ser levada, através das múltiplas questões, a teoria exposta, teremos repetidos ensejos de submetê-la a verdadeiras experiências cruciais, que definitivamente a infirmariam, se, na explicação. se evidenciasse inadequada aos fatos e ~s conseqüências .

Existem objeções e exceções sempre oponíveis? ~.Existem as que pré-excluem, por se não ter dado (segundo a teoria), a relação jurídica em que seria devedor o subscritor e sujeito ativo da relação jurídica o *alter* protegido pela lei? Tais objeções e exceções são as que atingem o próprio ato, as que dizem *'não ter havido* o negócio jurídico perfeito, ou ser *nulo.*

Se o título é falso, isto é, se houve ausência total de declaração, tal defesa é oponível a quem quer que seja. A obrigação oriunda de título ao portador supõe declaração unilateral de vontade, que, ao contacto com o *alter* protegido pela lei, gera o vínculo específico. Se faltou aquela declaração de vontade, se faltou o negócio jurídico unilatetal, não houve um dos dados indispensáveis. Não se trataria de dívida nascida de declaração unilateral de vontade, mas sim de dívida nascida dc vontade que não existiu, *de nenhuma vontade.* Lei que lhe desse vincularidade, essa, sim, seria, por seu despotismo

r

5.BOA FÉ E INOPONIBILIDADE DAS OBJEÇÕES E Exceções

Tem-se dito que a inoponibilidade das defesas é consequiência direta da boa fé. Se isso fõsse verdadeiro, o interesse do crédito, a finalidade do título circulatório e essa relação causa!

entre a boa fé e a proibição de excepcionar determinariam que, ainda no caso de imitação da assinatura, ficasse obrigada a pessoa cuja assinatura se imitou. Portanto, a relação causal é falsa. Quando a lei se faz protectiva do *alter,* foi levada pela relevância do interesse público, que não é maior do lado dos possuídores de títulos do que, tratando-se de imitação de assinaturas, do lado de todas as pessoas expostas a terem imitadas as suas assinaturas.

A criação do título, com os requisitos considerados suficientes para a eficácia vinculativa do subscritor, constitui a *condicio inris.* Criação supõe vontade, manifestação de alguém que cria o título ao portador. Se esse alguém não foi quem criou o título, ou não teve parte na criação, não houve vontade. Por conseguinte, não há o título ao portador.

Dissemos, propositadamente, "se esse alguém não foi quem criou o título, ou não teve parte na criação", para se apanhar o caso da co-participação, qualquer que ela seja, no ato criativo, e se deixar bem claro que a manifestação não precisa ser total. Só a ausência completa de vontade obsta à entrada do negócio unilateral no mundo jurídico (s a fazer-se negócio jurídico unilateral a declaração unilateral de vontade).

A jurisprudência francesa, em dois julgados, um de 8 de outubro de 1883, e outro do Havre, a 20 de agôsto de 1888, considerou *devedor* o comerciante que autorizou outro a se servir do seu nome, para criar títulos revestidos de assinatura imitada. Se o signatário emprega chancela ou papel filigrana-do e deixa ao alcance de terceiros a chancela ou o papel filigranado, o risco é seu. *Colaborou na criação do título ao portador.* Outrossim, se, ao redigir, deixou lugares em branco, que tornaram possíveis as falsificações ou facilitaram falsificações, emendas ou adições.

§ 3.709. Falsidade

1.DEFESA CONTRA A FALSIDADE. A explicação, que damos, da oponibilidade de tais exceções a quaisquer portadores. estejam de boa fé, ou não, coincide com a de quase todas as outras teorias. Algumas dessas recorrem à idéia de proteção a favor do devedor, como no caso do falso, ou da imitação da assinatura, ou da incapacidade.

Ficariam de fora, sujeitas, portanto, a mira explicação, as objeções e exceções oriundas do vício de forma, que fariam a declaração insuficientemente expressa para os efeitos legais.

Ora, se bem aprofundamos o assunto, verificamos que a razão delas é a mesma, e podemos exprimi-la da seguinte maneira: a lei somente protege o *alter,* somente estabelece a vincularidade das declarações concebidas dentro de certas regras formais, que a justifiquem e, além disso, justifiquem a abstração. A declaração de vontade do absolutamente incapaz, o título falso ou falsificado, ou com assinatura imitada, ou com vício essencial de forma, não pode vincular, pela *insuficiência* da declaração. Ou porque lhe falte o consentimento inicial, a propria promessa, ou porque não tenha havido o outro presuposto para as conseqüências jurídicas ligadas ao ato dito unilateral.

Psicologicamente , podemos apurar diferenças no fundamento. O absolutamente incapaz não se vincula, porque a dívida haveria de resultar de declaração unilateral de vontade, e o Incapaz quis nulamente (deficientemente). O

unus ex publico, que adquire o título cuja forma não basta para a aplicação da lei, conhecia a insuficiência jurídica do que adquiria, 011 devia conhecer, o que, segundo os princípios de direito, dá no mesmo. No caso do título falso ou de assinatura imitada, houve crime contra o subscritor e contra os adquirentes. Não há nenhuma razão para se fazer escolha entre os que devam sofrer as consequências lesivas. Trata-se de ato ofensivo, cujo sujeito passivo é, possivelmente, um ou outro, subscritor ou adquirente. Muitas vezes, no momento de ser praticado o ato, o autor do crime não sabe a *quem* vai ofender. Descoberto o falso, ou provada a imitação, suporta as consequências o apresentante ilaqueado na sua boa fé. Não descoberto o falso, ou não provada a imitação, o subscritor, que pagou, foi a vítima do ato delitual.

2.O REQUISITO DA ASSINATURA. Na ordinariedade dos casos, integram-se os títulos ao portador com as declarações e a subscrição pelo promitente, conforme o modêlo comum de documentos, isto é, o teor e a assinatura hológrafa. Nada impede que se use a impressão, a dactilografia, e se aponha somente o nome autógrafo, ou o carimbo usado pelo subscritor.

O Código Civil, no art. 135, estatuiu que o instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado, por quem esteja na disposição e

administração livre dos bens, sendo subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Não se tire daí que não tenha eficácia jurídica o documento que careça de testemunhas: a prova testemunhal aperfeiçoa o documento; não lhe é essencial, apenas lhe dispenas o *r*

reconhecimento ou comprovação em juízo e torna mais forte a situação do credor. Raramente ocorre o ser por ato judicial ou notarial que se passe o titulo, mas nada obstaria a que se preferisse ao instrumento particular a escritura pública (li. DnNBURO, *Das Búrgerlfrhe Recht,* II, *1,* 382-383).

O *§* 126 do Código Civil alemão determina: "Desde que a lei prescreve a forma escrita, o titulo deve ser munido da assinatura hológrafa do emissor (Aussteller) ou de sua rubrica legalizada pela justiça, ou pelo notário. A forma escrita pode ser substituida por ato judiciário ou notarial". O texto de II.DEliNBUItG ressurge, inalterado, na 43

ed. (412) : o devedor pode, em juízo, confessar a dívida, e ai mesmo pagá-la, se o aceitar o credor, em escritura de títulos, por ele assinada, e de que o escrivão dará certidões primeiras, numeradas e correspondentes às obrigações assumidas no têrmo; no tabelião poderá igualmente ditar o título e o primeiro traslado correrá no mercado como obrigação ao portador. Custará acontecer que o declarante opte pelo instrumento público, mas não é juridicamente impossível, nem para se desestimar em certos casos.

Pela regra do art. 135, a assinatura tem de ser do próprio punho, como o exige o Código Civil alemão, no *§* 126

("eigenhãndig") ; mas, se a lei germânica permitiu que se lançasse a assinatura por meio de instrumentos, mecAnicamente (§ 793, *in fin e),* nada há de expresso em nossa legislação.

Todavia, assim como o ad. 135 cogitou apenas do instrumento em sua perfeição jurídica, ultimada pelas duas testemunhas, e não tirou ao escrito intestemunhado o valor probante, também não exclui os outros meios de subscrever, quando as circunstâncias os admitam. Apenas, a assinatura por via mecânica, como a simples subscrição sem o complemento testemunhal, não produzem a prova que a lei reservou especialmente ao documento revestido das formalidades do art. 135.

Muita vez, o acelerado da emissão, o assoberbamento dos trabalhos bancários e a pressa inevitável dos armazéns de carga ou descarga exigem o uso de carimbo, de pequena máquina perfurante, de

aparelho, que imprima a súbitas, nos conhecimentos, ou nas guias, a firma, o número, ou a simples marca desígnativa do empregado recebedor ou expedidor.

Na terminologia financeiro~jurídica, os títulos de *alto estilo* são os que exigem assinatura autógrafa; *pequenos* títulos, os que a dispensam.

Até aqui estuda-nos a assinatura e as testemunhas sob o regime do Código Civil. Incumbe-nos, agora, considerá-las no sistema do Código Comercial. Qual se promulgara, diz o art. 22:

"Os escritos de obrigações relativas a transações mercantis, para as quais se não exija por êste Código prova de escritura pública, sendo assinados por comerciantes, terão inteira fé contra quem os houver assinado, seja qual fôr o seu valor". Prerrogativa, na integralidade das expressões usadas na regra jurídica, através das evoluções intrínsecas do direito nacional, muito veio a perder da primitiva excepcionalidade que se nele contém. Textos antiquados e alvarás bolorentos haviam feito do direito objetivo em matéria de permissão de instrumento particular a mais requintada cópia de inconsequências, privilégios ridículos e fátuas usanças. Pôs cobro a tôda aquela enumeração fastidiosa, chá e vazia de finalidade, que bem se observa ao ler-se o art. 369 da *Consolidacâo das Leis Civis* de TEIxEIRA DE FREITAS, a Lei n. 79, de 26 de agôsto de 1892, que fixou as formalidades reputadas necessárias à perfeição do instrumento particular: ser *feito* e *assinado* de próprio punho pelo contraente *subscrito* por testemunhas, mas advertiu: "os documentos civis feitos por instrumento particular só valem contra terceiro desde a data do reconhecimento da firma, do registo em notas do tabelião, da apresentação em juízo ou repartição pública, ou do falecimento de algum dos signatários".

Veio, porém, o Código Civil, com a generalidade do art. 185, em que apenas se conserva o ser *assinado* e *subscrito* por duas testemunhas. Aqui cabem, pois, as considerações que fizemos em relação ao direito civil: assinatura mecânica, impressão, cunhagem; desnecessidade de assinatura, quando não o exija a natureza do título ao portador, ou a dispensar o uso sei do comércio, *e. g.,* entradas de estabelecimentos de diversões. Escusado é dizer-se que deve ser lançada a firma comercial, e não o nome do sócio, ou o particular do comerciante. Se sociedade em nome coletivo, por um dos sócios-gerentes (Decreto n. 916, de 24 de outubro de 1890, art. 2.0; Código Comercial, art. 302, 2). Se em comandita simples ou por ações, pelos que gerirem a sociedade e, pois, façam parte da firma a que emprestem, ou não, o nome (sócios solidários). Nas sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, os sócios-gerentes, ou, se fôr omisso o contrato, qualquer dos sócios

(Lei n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, art. 13). Nas sociedades anônimas, o órgão administrativo, com a designação da qualidade com que assina e a denominação da companhia, escrita, carimbada, impressa ou dactilografada, *e.* g., "Pela Companhia de Empréstimos Rurais, F., diretor-presidente". Atende-se, então, aos estatutos ou ao contrato social.

t oportuno descer a certas considerações distintivas:

Na emissão de obrigação ao portador, dois momentos merecem ser considerados: o em que se prepara a fórmula ou se tem feita, a que E. DEENRURO chama *die Herstellung des Effektenformulars;* e o em que se ultima, se aperfeiçoa e se redige, prôpriamente, o titulo *(die Ana fertigung der Inhabersehuldverschreibung).*

r

Um título pode já se achar assinado pelo subscritor, ou seu representante, quer seja autógrafo quer em carimbo a firma, datado, com a designação do estabelecimento, ou pessoa que subscreve, as condições, etc. Assim se dá, vulgarmente, nas estradas de ferro e nos teatros: os talões já se acham todos com as formalidades que poderemos denominar *constantes;* falta-lhes, apenas, a aposição de uma palavra, de uma letra, de uma declaração, de um número, de um sinal que torne o papel apto a circular (H. DERNEURO, *Das Riirgerliche Rechi,* II, *1,* § 147, 383), pois a regra do § 793, alínea 23, do Código Civil alemão, não precisava estar formulada no direito positivo: deriva da natureza do instituto.

A *existência* da subscrição pode ser, por estipulação contida no título, subordinada à observância de forma particular; e mais ainda (no que concordam os intérpretes), pode a exigência concernir a qualquer pormenor do documento. Não raramente se nos deparam papéis com êstes dizeres: "Só terá valor se levar o carimbo da casa",

"Não vale o bilhete que não contiver por extenso a quantidade despachada", "O expedidor não se responsabiliza pela entrega de encomendas se os conhecimentos não contiverem o visto do chefe do armazém".

Outros títulos há em que tudo é constante, exceto a data, de feição que é o lançamento dessa, a tinta, a lápis ou por perfuramento, que constituí a última demão, o retoque definitivo na redação do papel inominado. Exemplos corriqueiros são as entradas de casas de diversões: carimba-as o vendedor de uma feita, ou na ocasião de as

vender, ou apenas as perfura com sinal que se convencionou ser o do dia. Outras vezes acontece que, por serem muitos os bilhetes e intenso o trabalho de vender, os dois momentos se confundem: já vem todo feito o cartão, sem necessidade de qualquer formalidade ou diligência. Já então está ali, completa, a promessa ao público, e já então a lei somente faz depender da posse de outrem a vincularidade: *Promisiste? Solve!*

Fôra ocioso insistir-se na necessidade de se declarar o dever ser pago ao portador o que no título se promete. A declaração de vontade nem está sujeita a uma forma particular, nem sempre à própria explicitude. Muitos títulos há que dispensam a menção, em virtude da própria natureza deles: seria, sobre supérfluo, ridículo e pedante escrever nos bilhetes de teatros: "Entrada ao portador", "Camarote a quem o exibir". A lei civil brasileira não contém regra jurídica especial. O legislador deixou à doutrina o fixar as regras, que somente podem ser semelhantes às cristalizadas no § 897 do Código Civil alemão. Quando cartões, guias ou semelhantes documentos, em que se não designa o credor, são lançados pelo subscritor em circunstâncias de que resulte querer ele obrigar-se perante o portador a alguma prestação, têm análoga aplicação as regras jurídicas dos §§ 798, alínea 1.8, e 794, 796 e 797. Vale dizer-se, no direito brasileiro: quando os bilhetes, os cartões, as fichas e mais documentos de igual natureza, forem concebidos sem a isenção do nome do credor, mas em circunstâncias que mostrem a intenção de ser pago o débito a quem se apresentar com o título, ficha, cartão ou bilhete, a espécie é regida pelos arts. 1.505-1.511 do Código Civil. Não se in

quine de omissa a lei, nem se veja no sistema alemão vantagem real sobre o nosso: o legislador brasileiro incluira na Introdução ao Código Civil regra jurídica de exegese, suscetível de prover, com idêntica segurança, as hipóteses ou fatos ocorrentes, que escapassem à prática imediata dos ditames explícitos (art. 7.0) aplicam-se, nos casos omissos, as regras jurídicas concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais do direito. A interpretação do Código Civil obedeceu àquela regra jurídica da ora revogada Introdução ao Código Civil.

3. PLURALIDADE DE ASSINATURAS. Passemos aos efeitos da falsidade quando há mais de um signatário e só a assinatural de um deles é falsa. Discutida desde muito, a questão tem provocado meditações dos comercialistas.

A principal cisão é a seguinte: *a)* alguns autores entendem que os

signatários só se obrigaram, ou, melhor, só se meteram no *negotium* do título, porque esse já trazia outras assinaturas, assim, desde que uma delas é falsa, a declaração de vontade está viciada e não os pode ligar; *b)* outros sustentam que cada um se obriga independentemente e de modo absoluto, sendo impertinente qualquer indagação do que se passara no espírito de cada um no momento de apor, no título, o nome. A falsidade da assinatura de um nada influiria no tocante à declaração do outro.

O exame das espécies logo conduziu à distinção entre *falsidade da assinatura do criador do titulo;* do subscritor ou do sacador, e *falsidade da assinatura do endossante.*

Estudaremos, em primeiro lugar, a falsidade da assinatura do subscritot ou do declarante originário, subscritor do titulo ao portador, ou sacador da letra de câmbio. Depois, a falsidade da assinatura dos endossantes, porque, podendo ser em branco, ou ao portador, o endôsso, a segunda espécie também nos interessa.

Ex hypothesi, a assinatura do subscritor, ou do sacador, e falsa. Daí é que temos de partir. Não houve a declaração de vontade, feita por aquele a quem, na aparência, se atribui a criação do titulo ao portador. Não houve volição.

r

Não houve titulo, negócio jurídico unilateral. A primeira consequência, ja a vimos: o subscritor ou sacador foi lesado. Resta saber se as obrigações caem com o título. Noutros termos, mais explícito se, com o vício inicial, são nenhuns os vínculos do sacado e dos endossantes.

Aqui, divide-se a doutrina: de um lado, os que consideram a obrigação do subscritor, ou sacador, como o fundamento, o essencial ponto de partida das obrigações de todos os outros signatários, donde dizerem que, inexistente aquela, essas também o são; do outro lado, os que postulam a independência das assinaturas apostas, a separabilidade existencial de cada uma das obrigações. São duas atitudes que se extremam e disso mesmo resulta a extraordinária importância prática do aprofundamento do problema. Certo, mais pertence ao regime dos títulos endossáveis do que ao regime dos títulos ao portador. Contudo, já ficou justificada a inclusão daquele na matéria, pelas ligações freqUentes com a circulação inominada.

a) Segundo a primeira opinião, o sacado, que, sendo-lhe apresentado o

título falso, apõe o *aceite,* diante da assinatura do sacador, não se vinculou, porque vinculado também não ficara, com o ato do falsário, o sacador.

Fica acobertado pela defesa contra a falsidade. Se assim não fosse, assaz precária seria a sua situação: primeiro, porque não teria regresso contra o sacador aparente, não vinculo lo, pois não era desse a assinatura; segundo, a sua obrigação pode não ter a possibilidade da defesa, porquanto não <ode ser o tomador. na espécie, quem lhe virá apresentar o título.

Teoricamente , procura-se justificar a exoneração do sacado com a afirmativa da inducão em êrro pelas aparências do título. Acreditou que tivesse sido criado pelo sacador, cuja assinatura aparente viu, e isso constitui, da sua parte, *êrro .substancial.* Outros preferem a tal invocação do êrro subptancial o fundamento da nulidade na *fUsa causa da obrigarão do secado.* Quando aceitou, pensava liberar-se, em relação ao sacador. Enganou-se.

Engano sobre a causa: nenhuma a vinculação.

b) Conforme a segunda opinião, todas as assinaturas apostas são independentes. Uma vez que a obrigacão é abstrata e literal, a separabilidade das obrigações constitui consequência lógica. ~ o argumento adotado pelos unilateralistas. Os que adotam a teoria da. delegação servem-se de outro, mas a conclusão é a mesma: cada nova negociação forma caso autônomo, assunção distinta de dívida, quer se trate de endossos. quer de endossos e saque. Ainda há outros autores que invocam a culpa cometida pelo sacado, que aceitou levianamente. sem ter aviso do sacador, ou sem suficiente verificação da assinatura desse.

Para a circulação do título, a solução mais propícia é a da segunda opinião.

Não se pode pôr em paridade a posição do *subscritor aparente* e a do *signatáriO posterior verdadeiro.*

Psicologicamente, esse só assinou porque cria verdadeira a assinatura aposta. ~ Que é que têm, com essa convicção interior, que surtiu todos os efeitos jurídicos, os portadores de boa fé? ~ bem possível que muitos, alguns, um, ou todos eles, só se tivessem fiado na assinatura do sacado, ou do endossante anterior. Exame isento mostra que houve crime, constituído pela falsidade da assinatura do subscritor, ou sacador, *contra* o que se deixou enredar na malícia do falsário. Quem

foi esse? ~O subscritor ou sacador aparente? Não, porque a esse não foi o título, esse não o examinou, esse, talvez, se o examinasse, deteria, como criminoso, o falsário ou seu preposto.

Não quer isso dizer que não haja falsos contra o subscritor ou o próprio sacador, como no caso de falsidade tão completa que o leve a pagar o titulo, no de duplicata de números, no de falsidade de todas as assinaturas, a ponto de se deixar enganar, e pagar, o próprio subscritor. Mas essa é outra questão e cai, neste momento, fora de cogitações.

Quanto aos endossantes, tem-se dito que só existe letra de câmbio ou titulo negociável, regido pelos mesmos princípios, a partir do primeiro endôsso válido. Então, o primeiro endossante verdadeiro é como se fosse o tomador. Chegou-se a afirmar que é outra letra de câmbio que se cria, com vida inteiramente independente da primitiva, intrinsecamente inapta à vida jurídica. Outros alegavam a culpa de tal primeiro endossante verdadeiro: por conseguinte, devendo responder pela identidade da pessoa, com a qual tratou, impõe-lhe o direito o papel de sacador.

Os que concebem a assinatura inicial (subscritor ou sacador) como fundamento essencial do titulo não podem admitir a declaração válida dos declarantes posteriores, sejam o sacado e seus avalistas, sejam 05 endossantes e seus avalistas. Mas desde logo se há de advertir que o título ao portador só tem essa assinatura, ao passo que os títulos endossáveis têm a do subscritor e as outras. Tratando-se de título com saque, mais a do sacado e as dos outros. As relações jurídicas entre os portadores dos títulos ao portador não são idênticas às relações jurídicas entre os endossantes, ou entre sacado e endossantes ou entre endossantes, porque, aqui, há o *plus* do endôsso.

Tratando-se de título originàriamente clausulado ao portador, a questão não surge senão para o avalista do sacador e para o sacado e seus avalistas. Não se tratando de saque, só para o avalista do sacador. tsse é o caso mais simples e por ele devemos começaiS

Falsa a assinatura do subscritor, o que avalizou o título foi a vítima do crime, e o seu dano consistiu, exatamente, *r*

em fazer declaração, eficaz, apondo a título falso a sua assinatura verdadeira. A simples exposição do que se passa mostra que não há nenhuma possibilidade de juntar os dois destinos, o do subscritor aparente, que nada teve com o falso (a sua situação é semelhante à do dono de uma marca de mercadoria. que outrem falsifica) e o do

avalista, que teve em mãos o titulo (caso do comprador da mercadoria falsa), o examinou, e, podendo avalizar ou não avalizar o título, após, como aval, a sua assinatura verdadeira. Houve, portanto, perfeita declaração unilateral da vontade, e a lei, na sua função protectiva, trairia o- seu desígnio, se considerasse nenhuma, ou nula ou ineficaz, quanto a possuidores de boa fé (em‟ relação a falsidade), a obrigação literal e abstrata dc avalista, assente em perfeita assinatura.

Quando houve *falsificação* e foi posterior ao aval, então não há vinculação do avalista, como, no caso do saque, não existiria a do aceitante-sacado.

Suponhamos que houve saque. Seria assaz difícil justificar-se a inexistência da vinculação do sacado, ou dos seus avalistas, pelo simples fato de ter sido falsa a assinatura do subscritor. Teriam sido o sacado e, com ele, os avalistas induzidos em êrro pelas aparências do título. Viram a assinatura, e só por isso se obrigaram. São as duas invocações incabíveis do *êrro substancial* e da *causa falsa.* Como a propósito do avalista do sacador, culpa, se houve, foi do próprio sacado, ou dos seus avalistas. Lesados foram eles, contra eles se dirigiu o ato delitual.

Ninguém ousaria sustentar que, tendo o larápio conseguido entrar na casa, inculcando-se empregado da Companhia do Gás, essa deve responder. Se A entregou a alguém o livro, que tal pessoa dizia ter sido pedido de empréstimo por E, foi A o furtado, e não E, que nenhuma interferência teve. Aliás, a Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, é explícita, no art. 43: “As obrigações cambiais são autônomas e independentes umas das outras. O signatário da declaração cambial fica, por ela, vinculado e solidàriamente responsável pelo aceite e pelo pagamento da letra, sem embargo da falsidade, da falsificação, ou da nulidade de qualquer outra assinatura Até aqui cogitamos da falsidade da assinatura do. subscritor, ou, no caso de saque, do sacador. Pode ocorrer que seja, não a assinatura desse, mas a do sacado, ou dos avalistas. A situação é a mesma. As duas teorias são suficientemente nítidas para solverem, de modo idêntico, todas as questões relativas à dependência ou independência das obrigações contidas no titulo, uma ou mais de cujas assinaturas são falsas.

Qualquer avalista, ou o próprio sacado, que após a sua assinatura no titulo falso, ou falsificado, responde ao portador de boa fé com se o título fosse verdadeiro, ou a falsificação exprimisse a verdade.

4.FALSIDADE DE DIZERES DO TITULO AO PORTADOR. Em vez de ser falsa a assinatura, não raro sucede ser falsa alguma menção ou declaração do título ao portador. Já em circu1ação , onde estava a série --de algarismos 100.000,00, se pôs 400.000,00, aproveitando-se o traço vertical do número 1. Pergunta-se: ,~,o obrigado antecedente, qualquer que ele seja, é obrigado a pagar a soma majorada, ou somente a que devia estar inscrita? A resposta é fácil; só responde por aquilo a que se vinculara. Na espécie, os 100.000,00.

Qúid juris, se a obrigação foi assumida depois da alteração nas declarações do titulo? Aqui, o caso é particularmente importante para o - sacado, que aceitou o saque .depois de se ter operado a falsificação. O

sacador, ao assinar, vira, ou escrevera 10.000,00: êste o saque. Enquanto o título ia do sacador ao sacado, deu-se o falso. Recebendo-o, o sacado aceitou. Portanto, aceitara o saque majorado. Não caberia aqui a alegação, acima feita, de só se ter vinculado por 100.000,00. Prometera 400.000,00.

Uma parte da doutrina raciocina do seguinte modo: tratando-se de fraude que podia ilaquear homem inteligente, o sacado caiu em êrro invencível; pode ir contra o sacador, salvo se houve culpa da sua parte.

Outra parte da doutrina assenta, com certa firmeza: o sacado, que aceitou o saque da soma majorada, só pela soma primitiva pode ir contra o sacador. Recebeu o título, examinou-o, e, sem ter recebido aviso do sacador, aceitou-o.

A culpa foi sua. O mais, que se lhe pode dar; é o remédio de direito comum contra os portadores e os endossantes.

Contra o sacador, somente poderia propor ação, se, pela feitura do título, houve culpa do criador na facilitação objetiva ou subjetiva da falsidade.

Não é verdadeira aquela nem ~essa opinião. Obrigação do sacador, obrigação do avalista do sacador, obrigação do sacado, obrigação dos avalistas dos endossantes, cada uma é obrigação autônoma e independente. Se o título é à ordem, ou se o endôsso é à ordem, cada um deles criou a sua própria vinculação, regida pelos princípios da negociabilidade à ordem. Se o título é ao portador, cada vinculação é uma vinculação ao portador, e *nasce,* perfeita e autônoma, ao contacto do seu querer, representado na aposição da assinatura, com o *alter,*

nos casos em que o *alter* tenha interesse digno da finalidade protectiva da lei. Ora, o principio de tal finalidade protectiva, principio inspirador e construtor, é o da inoponibilidade das ,defesas ao portador de boa fé. Dir-se-á que o vício concerne à forma intrínseca do titulo. Do título, considerado como súmula de vinculações encadeadas, sim; do título, em cada uma das declarações nele contidas, não. Não, explicite-se, porque a declaração foi feita *r*

posteriormente à integração do titulo, integração que representa, na história anterior do título, alteração de declarações anteriores. Qualquer outra solução cinde, arbitràriamente, o querer do declarante, aceitante, avalista do sacador ou do aceitante, endossante, ou avalista do endossante, o que após a assinatura, depois da alteração nas menções, iúo pode ter *querido* só se obrigar pelo que estava antes do vício. Ninguém se pode ter obrigado por quantia, que não sabia qual era e, a *fortiori,* está em contradição com o declarado em papel, por definição, literal e abstrato.

A argumentação da necessidade do aviso do sacador é gratuita. Não se pode fazer depender do recebimento de tal aviso o aceite pelo sacado. Por outro lado, o regresso contra os endossantes ou portadores constituiria inteira revogação, pelo direito comum, dos princípios essenciais únicos que devem estar em causa dos títulos negociáveis.

Se não houve saque, nem aval, o vinculado único, no título ao portador, é o subscritor, e tal vínculo surge ao contacto do título com o possuidor de boa fé. Mas o possuidor de boa fé não pode pretender que a proteção legal vê ao ponto de se ter de considerar vinculado o subscritor áquilo que ele não assinou. Pelo que ele assinou, sim, vinculado está.

5.CONHECIMENTO. DO FALSO E RESPONSABILIDADE. Se, qualquer que tenha sido o caso, aquele cuja firma foi falsificada, ou que a escreveu, sabia da falsidade da firma ou da declaração que se ia fazer, não pode opor semelhante defesa contra o portador de boa fé. O Tribunal de Justiça de São Paulo teve de examinar ação executiva cambiária, em que o réu alegava ter sido lançada na letra a sua firma, cuidadosamente imitada, por pessoa que gozava da sua intimidade e abusara do carimbo. O Acórdão de 11 de outubro de 1918 julgou improcedente o executivo, firmando-se em que “o réu podia alegar *erga omnes* a falsidade da sua própria firma, ou da do seu mandatário ou representante legal, salvo se cooperou ou consentiu na falsidade ou falsificação. Não houve consentimento, nem cooperação do apelante na falsificação, e o uso do carimbo era fácil para o falsificador, que

freqúentava o escritório *(do apelante)* e sabia onde se achava". Evite-se inconsiderada aplicação de tal julgado a espécies parecidas. Não é só a coparticipação, o auxílio subjetivo, que exclui o signatário aparente, pela possibilidade de defesa; também impede que ele se defenda a facilitação de ordem objetiva.

Qualquer signatário antecedente fica ligado ao título, ainda que se trate de assinatura aparente. quando haja consentido ou cooperado na falsidade ou falsificação, ou quando, por culpa sua, tenha concorrido para a facilitação do falso, quer da assinatura, quer das declarações. Ponto, esse, de extraordinário valor prático: o que figura, verdadeira ou aparentemente, em título negociável, vincula-se pelo que *criou,* pela sua cooperação ou consentimento no *criar,* como também pelo fato de, seja por negligência, ou razão exterior à sua vontade, ter sido causador, ou auxiliador, ou simples facilitador" do falso.

Alguns exemplos. A firma, de que usa o subscritor, na feitura dos títulos circuláveis, é. apenas, uma inicial com traço~ exóticos. Sobre ela, o carimbo, de difícil imitação. Empregado da casa, ou estranho, que penetrou, à noite, no escritório, prepara os títulos, e joga-os em circulação. É quase impossível afastar-se a responsabilidade de quem subscreveu tal título. Não consentiu, não cooperou, subjetivamente, na criação dos títulos falsos. Mas cooperou, objetivamente, e, ainda perante os princípios do direito comum, que nao vem ao caso, deveria responder, porquanto, tendo muitos modos seguros ou re,ativamente seguros de assinar, escolheu *(culpa iv cligendo)* un; dos menos seguros, e dos mais fáceis no favorecer, de modo objetivo, os falsários. Aqui lembre-nos o caso do Acórdão de São Paulo, de 11 de outubro de 1918, assaz apriorístico tudo constitui *quaestio facti.* Não se pode pretender que a só facilitação subjetiva ligue ao título o signatário aparente, ou o que assinou antes da alteração das declarações essenciais. Tão-pouco, que qualquer facilitação objetiva baste para o ligar.

Em muitos titulos ao portador, a assinatura é mecânica. Usa-se o carimbo, o sinête, o aparelho de perfuração. a maquina de gravar em relêvo, ou simples traço caligráfico, ou informe, sem função autenticante, por ser suficiente o próprio corpo do título, trabalho litográfico, talvez filigranado, ou policrômico, de difícil imitação.

Em tais casos, o programa da emissão, a data berta em que serão, ou poderão ser lançados tais títulos, marca o início da *criacão.* Para o nascimento da relação jurídica entre subscritor e público só se precisa do contacto com o *cite?*" digno da ação protectiva da lei, O traço, o perfurado, o sinête, a relevogravura. foram assaz facilitados. e,

objetivamente, menos importantes que o próprio papel adofado. Tão menos importantes, que alguns títulos os dispensam. A obrigatoriedade é, então, a regra, desde que, subtraído o papel. ou utilizada a matriz, o título venha a circulsr. No escolher tal forma, o subscritor obrou a próprio risco. Todavia, não devemos extrair de tais considerações princípio *a priori,* a cuja rijeza tenhamos de amoldar os fatos da vida. É indispensável a apreciação *in concreto.*

§ 3.710. Incapacidade

r

1.INCAPACIDADE E SUAS ESPÉCIES. Outra defesa, que pode ser oposta *erga omnes,* é a de incapacidade, assunto que ja foi objeto de estudo, por estar ligado, visceralmente, ao fato mesmo da criação do titulo. De ordinário, só se cogita da capacidade ou incapacidade de exercício de direitos, e pouco, ou nada se diz quanto à *capacidade de direito.* Hoje, todos os homens têm personalidade jurídica, todos podem ser titulares de direitos.

Só a capacidade de exercício é que interessa,

capacidade de exercer direitos e capacidade de obrigar-se. que ê outro aspecto da capacidade de exercício.

Contudo, quando se passa ao domínio das pessoas que não são sêres humanos, isto é, das pessoas jurídicas, ressalta a deficiência das noções sobre a distinção.

(De passagem, observemos que o não ser permitido o emprêgo do título ao portador a pessoa que não satisfaça certos pressupostos de modo nenhum constitui exemplo de incapacidade. Aí, há nulidade prevista no art. 146, II, ou III, ou IV, ou V do Código Civil.)

2.CAPACIDADE DE DIREITO. A *capacidade de direito* ainda pode suscitar questões, como a do título em que subscritora é a sociedade em formação, mesmo irregular, e a da sociedade estrangeira sem personalidade.

Na jurisprudência brasileira já se tratou do título assinado pelos órgãos de sociedade ainda não personalizada. Se.

depois, se personalizou, entrando os atos praticados no rol daqueles

que lhe marcaram o período de constituição.

ser ia injusto que se pudesse alegar contra o possuidor de boa fé o fato de não ter capacidade de direito, no momento da subscricão, ou da subscrição e da entrega ao tomador, ou da subscricão, da entrega ao tomador e da tradição ao possuidor de boa fé. a sociedade, ou fundação, que, depois, a adquiriu.

Para fundamento de tal solução. que a ninguém causa dano, e evita irquietitudes na circulação dos títulos emitidos pelas sociedades ou fundações recentes, poder-se-ia invocar o instituto da *convalescenca.* Ou, o que é mais prudente, o caráter decisivo da literalidade do título ao portador. Note-se que já existe alguma coisa que caminha para a personalidade, que processa a sua ascensão para a capacidade de direito. Ainda mais: já se sabe qual será o órgão da futura personalidade jurídica; e esse órgão, em ato que é pouco mais do que simples gestão de negócios, precipita a sua função, de acôrdo com as outras partes interessadas no corpo a constituir-se. Se a personalidade não advém, claro que o título subscrito não pode ser considerado como título do corpo que falhou. Se adveio, a verificação da contemporaneidade entre a aquisição pelo possuidor de boa fé e a personalização seria sutileza sem grande alcance.

Quanto ao possuidor de má fé, talvez, com o órgão precoce, não pode pretender livrar-se das defesas que a sociedade, ou a fundação, já personalizada, lhe possa, efetivamente, opor. Não se compreenderia que a lei empregasse o seu poder protectivo em amparar, quando está em causa a proteção dos interesses gerais, a pretensão de quem não é digno da função excepcional das leis. Excepcional, dissemos, porquanto não se trata de regular as relações formadas entre pessoas em contacto, e sim de salvaguardar o interesse do *itnus ex pnbileo.*

Noutra matéria, a sociedade, o Estado, a lei, chega a atribuir os frutos ao possuidor de boa fé contra o proprietário.

Seria absurdo que os conferisse ao de má fé. A situação é a mesma.

3.INCAPACIDADE DE EXERCÍCIO. O assunto fica restrita à incapacidade de exercício. Dois princípios, como vimos anteriormente, estão em causa: o do interesse do possuidor, que ignorava a incapacidade e, por conseguinte, estava de boa fé, e o da proteção do incapaz, a que se não pode negar, sem contradição profunda com os princípios mais fundamentais do direito, a esperança de que a lei o proteja. Esse deve primar. Não seria possível sancionar-se o ato do

incapaz, quando o sistema legal consiste, exatamente, em defender o menor, ou (> louco, para só referirmos esses dois casos, dos seus próprios atos. ;.Que valeria considerarem-se nulos os contratos e mais

negócios jurídicos do menor, se, para infringir a lei, lhe bastaria clausular ao portador, ou à ordem, o título?

Vejamos como se comportaram, diante do problema, as diferentes teorias.

A *teoria da cessão* explicou a inoponibilidade das objeções e exceções pela renúncia prévia do devedor. Ora, tratando-se da objeção de incapacidade, seria impossível a prévia renúncia, por se tratar de objeção de ordem pública e porque, para a própria renúncia, se faria mister a capacidade.

Para a *teoria da delegação* e para a *teoria do título ao portador estipulação a favor de terceiro,* a explicação repousa no seguinte raciocínio: a falta de capacidade atinge a delegação, ou a estipulação; portanto, nada feito.

Na *teoria unilateralistiea pura,* a capacidade é essencial. O súbscritor é o principal; aliás, teôricamente, o único figurante. Pelo simples fato de prometer, obriga-se. É indispensável que seja capaz de prometer.

Para a teoria que sustentamos, a divida do subscritor somente nasce do contacto da sua declaração com o *alter.* As duas partes são indispensáveis para que intervenha a lei normativa-vinculativa. Contacto, em suma, entre a *r*

vontade do subscritor, expressa no título, e o *alter.* Tratando-se de incapacidade do subscritor, a inoponibilidade disso teria de criar situação contra a lei, ou *in fraudém legis,* por fôrça da própria lei. Lei contra lei, em terreno tido por essencial. Aqui, não cabem os raciocínios tocantes à abstração e à literalidade da obrigação. A matéria da incapacidade *consta* do título, porque do titulo consta o nome do subscritor, possivelmente a data, e não se compreende que o adquirente de um título não inquira das circunstâncias subjetivas, essenciais, do promitente.

Anteriormente, levantamos a questão relativa ao momento em que se deve apreciar a capacidade do subscritor. O

título pode ter sido feito pelo incapaz e pôsto em circulação durante a capacidade; ou, feito pelo capaz, ter-se emitido durante a incapacidade. Princípios *a priori* arriscar-nos-iam a grandes injustiças.

As considerações, que fizemos, e as distinções adotadas conduzem ao evitamento de lamentáveis julgados.

§ 3.711. Subscritor analfabeto

1. Exigências LEGAIS. No direito brasileiro, o analfabeto só se pode obrigar por instrumento público. Por isso mesmo, de regra, não se obriga em títulos ao portador ou outros títulos negociáveis. Cumpre, todavia, que se examinem as espécies, assunto que, pela primeira vez, foi tratado por nós, no livro *Dos Titulos ao portador*.

2. ANÁLISE DAS ESPÉCIES. Quando o titula não consiste em papel assinado, como ocorre às fichas de metal, esso, celulóide, ou outra substância, em que a forma plástica ou plástico-colorida baste, a regra da lei não é aplicável. Donde podermos dizer que, tratando-se de cártula ou ficha, independente de assinatura, par ela se abrigam assim os alfabetizados como os analfabetas.

Se o título exige a assinatura, só há um meio para, por ele, se vincular o analfabeto, É o da procuração a por instrumenta público a alguém que, como procurador, assine. Se sócio de uma firma, a procuração pode ter sida para a constituição dela; nesse casa, do contrata social pode constar o poder do outra sócio, ou do gerente, para a assunção de dividas em nome da firma.

§ 3.712. Falta de mandato ou representação e falta de poderes
Referimos os casos de incapacidade e de insuficiente instrumento para a divida da analfabeto, inconfundíveis com a falta de poder de praticar o ato da subscrição. Antes, diante de espécie concreta, já haviamos escrito que nos cumpre separar as *incapacidades* e a *falta de poder* de praticar o ato, que se não confundem, e evitar qualquer assimilação entre procurador ou representante e órgão de pessoa jurídica. São situações diferentes.

A *incapacidade* difere da *falta de poder* de praticar, em que, naquela, há a nação da existência do poder de praticar, sem a *aptidão* para isso, ao passo que, em casos com a da procurador e o do órgão da pessoa jurídica, a par da inexistência do poder, existe inteira indiferença à questão da incapacidade.

O menor é incapaz. O louco é incapaz. O mandatário *tem* ou *não tem* podêres suficientes. O órgão, parte integrante da pessoa jurídica, é a própria pessoa subscrevendo; por isso mesmo, rege-se por outros princípios, já referidos.

2.LITERALIDADE E CARACTERES INFORMATIVOS. Quem adquire um titulo ao portador, ou outro título negociável, tem, no teor do papel, todas as indicações que lhe devem informar quanto à validade e o valor do título. Por ele, sabe quem o assina, ou, se a assinatura é dispensada pela natureza do título, quem, por ele, promete. Se existe diferença entre quem promete e quem assina, também isso deve constar do titulo. Verificado que consta, o adquirente deve saber em que caráter outra pessoa assina pelo promitente.

A dualidade de figuras, uma, que escreve o nome, e outra, que promete, induz existência: ou de representação legal, no caso, por exemplo, de menor de dezesseis anos; ou de procuração; ou <aqui a dualidade não corresponde à dos casos anteriores> ato de pessoa jurídica pelo seu ,órgão.

Como quer que seja, o adquirente de um título não pode alegar boa fé para afastar a objeção, perfeitamente oponível pelo promitente aparente, da falta de podêres. Cabem as mesmas considerações que fizemos a propósito do falso. A lei não pode pretender que alguém se vincule, se não quis vincular-se, nem declarou que o queria. A particularidade dos títulos negociáveis está, exatamente, em, neles, importar o declarado, e não o efetivamente querido, princípio que destoa do direito comum (cf. Código Civil, art. 85). Se houve assinatura de outrem sem a existência do poder, trata-se de *representação* ou de *presentação,* não houve declaração por parte do promitente, e a situação corresponde, *mutatis mutandis,* à do falso.

r

Noutros termos: não houve nenhuma declaração de vontade, O que declarou fê-lo em nome de outrem, e não no seu; em nome de outrem, não podia fazer, porque quem a fez não tinha podêres para isso; portanto, nada feito.

3

Prâticamente, quem adquire título ao portador, ou outro titulo negociável, deve verificar quem o assina, se a 7

assinatura é do próprio. No caso de haver dualidade, ou, pelo menos, distinção entre o nome do promitente e o do 7

signatário, qual a relação jurídica entre eles, e a natureza e a existência do poder conferido.

j 3.713. NULIDADE DO TITULO

§ 3313. Nulidade do título

1.REGRAs JURÍDICAS SOBRE NULIDADE DOS TÍTULOS AO PORTADOR. Quando a lei exige, para que exista titulo ao portador, determinados requisitos legais, formais ou de fundo, não pode o adquirente invocar a sua boa fé. A simples declaração da promitente não o vincula. Assim coma a falta da declara~o‟ (exemplo, falsidade da assinatura) elide um das elementos necessários da *juridicidade,* assim também a incidência da lei que lhe dá entrada no mundo jurídico, quando a lei estatui, precisamente, que entra porém não vale: há nulidade do titulo.

A declaração unilateral de vontade foi considerada, ali, insuficiente; aqui, deficiente.

2. PORTADOR COMPLETADO. Surge questão‟ delicada, que é a do título ao portador originariamente nulo e, depois, completado. Imaginemo-lo, com tOdas as aparências de título ao portador originariamente completo, já em mãos de portador de boa fé. Tal não é a caso da nota promissória que o declarante fez em branco, para que corresse como título ao portador, *contra a lei,* que não admite notas promissórias clausuladas a quem as apresente. Um dos possuidores a completa, endossando-a; vale, e é eficaz. Resta saber se era nula, questão que deixamos para depois.

Por agora suponhamos o titulo ao portador, se nulo.

Quem é responsável? j,Só o endossante, que, por fôrça da lei, assumiu obrigação autônoma e independente, ou ele e o emitente culpado da assinatura em título nulo completável?

Quanto à vinculação do endossante ao portador de boa fé, não pode haver dúvidas. A sua vinculação unilateral surge, de si mesma, sem que dependa da existência da divida dos dirigentes antecedentes. Resta a do subscritor.

tsse, foi de imprudência tal, que à lei zibo é possível excetuar o principio geral da inoponibilidade em favor de quem par tal maneira se expôs. Dir-se-á que a nulidade, derivada da clausulação ao portador, é, na espécie, de ordem pública. Certo, seria inderrogável a regra legal, que vedasse ao titulo a cláusula ao portador, e nenhum remédio existiria para salvar o que, *ab initio,* contivesse, *expressa,* tal cláusula. Tão-pouco, ao possuidor de tal titulo em branco a lei facultaria a ação especifica. Seria invocar-se ignorância da lei, circunstância incompatível com o requisito subjetivo da boa fé. Para que exista portador de boa fé, é preciso que alguém, antes, tenha enchido o título e pense o adquirente ser endossável ou válido, e não ao portador, ou nula , o titulo.

Nas mãos desse possuidor de boa fé, opera todos os efeitos a vinculação por declaração unilateral de vontade. O

conteúdo do escrito é decisivo. Assim como, aí, a forma prima a intenção, assim também não se pode submeter *à verdade anterior, já póssada,* do título nulo por incompleto, a *verdade posterior,* vigente, dp texto literal do título.

Nulidade, ou razão para a nulidade, se houve, desapareceu. O que a lei teve por fito foi vedar circulação de título inominado, com o conteúdo de dinheiro, ou outro motivo. Tal razão e, pois, tal nulidade, cessaram com a inserção do nome de alguém no texto do escrito. Todos os benefícios da inopombilidade estariam iludidos, se o adquirente de obrigação formal tivesse de entrar na indagação, mera *quaestio facti,* da existência, ou não, de lapso, dentro do qual teria vivido, *em branco,* o título adquirido. Indagação tanto mais perigosa quanto se saiba que pode ter sido inserida a designação de uma pessoa, posteriormente à circulação, pelo próprio mandatário, já sem mandato, do subscritor. Ainda mais: nulamente emitida durante a capacidade do subscritor, ter sido, depois, completada por esse, já incapaz.

Tudo mostra que, *se o adquirente, no momento da aquisi-ção, não sabia da originária nulidade do título, ou, pelas circcunstancias objetivas e subjetivas, é de crer que tivesse por bom o título formal, não pode o subscritor ou emitente opor-lhe a defesa da assinatura em branco.*

Fica-nos a questão do poder de inserção do nome, por parte do possuidor, e da oposição da defesa de nulidade.

r

Esse não ignora a deficiência do título criado. ~, por isso mesmo, portador de má fé.

3.O CASO DA NOTA PROMISSÓRIA. ~Pode o primeiro possuidor da nota promissória encher o título e cobrá-lo, no próprio nome? Aqui surge a questão do *poder de encher,* que se não confunde com a da inoponibilidade da deficiência ao portador de boa fé. Não bá dúvida quanto a esse poder, ou direito,quando o exerça o portador, tratando-se de -*letra de câmbio.* Nessa, o portador é autorizado a preencher, e, na ação cambiária, o subscritor pode provar: a) que a letra de câmbio foi entregue em branco; *b)* que existiam limitações, ou. condições, para o preenchimento, desatendidas pelo autor e apresentante, ou, se foi outra pessoa que a preencheu, desatendidas pelo autor, e conhecida, pelo apresentante, a violação do pacto. Aliás, se disso lhe não veio *prejuízo,* a defesa seria ineficaz. Quanto à nota promissória, *que não pode ser ao portador,* ~a inserção pelo apresentante, ou por outro e conhecida daquele, evidencia que não se trata de possuidor de boa fé? j, Só o possuidor de boa fé pode pretender a inoponibilidade? j0 próprio aval obriga o avalista como laço cambiário?

~Qual é, pois, a diferença entre a exceção no caso da *letra de câmbio* e no caso da nota *promissória?*

Pràticamente, se não houve prejuízo ao subscritor, terá de pagar, quer se trate de uma, quer de outra, ao tomador.

O portador da letra de câmbio, ao apresentar ou cobrar o título, é legitimado. ~O da nota promissória em branco, não? *Já* se disse que seria presumir-se a infração da lei. Não é verdade.

Quanto aos possuidores de má fé da letra de câmbio completada, ou da nota promissória preenchida, nenhuma distinção existe: a eles a objeção é *total* e, pois, *igualmente oponivel.* Em relação ao que estêve em contacto inicial com o tomador, a lei não fulmina de nulidade o título *em branco;* a nulidade é para a nota promissória com a cláusula ao portador.

Resta o cerne da questão: ~ é cambiária a obrigação e cambiária a ação quando o portador enche, *para protestar e cobrar,* ou para

apresentar ao subscritor, sem entregar, a nota promissória?

E nula? Ou não é nula? *That is Me question.* Se é nula, não vale como cambial, completada, que seja; se não é nula, a inserção do requisito basta para o exercício da ação cambiária: ao inseridor-apresentante (que é a figura da nossa hipótese) que oponha o subscritor a defesa do excesso ou desconformidade do uso do poder, que lhe deu. A situação seria, mais uma vez, *idêntica à da letra de câmbio.*

A □

2 a Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 26 de maio de 1928, não desceu à questão do direito de inserir, por parte do apresentante; mas, em tese, foi contra a nulidade da nota promissória em branco.

Por que a identidade? Porque falta a premissa para o raciocínio que desenvolvemos de começo: a *nulidade* insanável ria nota promissória em branco.

-O assunto tem de ser discutido e resolvido no Tomo XXXV.Aqui apenas quisemos focalizá-lo.

4.NULIDADES PERCEPTIVEIS. Além da nulidade que nasce da incompatibilidade entre a prestação prometida e a forma do título, outras existem, que, por deficiência, ou por impropriedade da forma, impedem o nascimento da dívida. Essas, como aquelas, são nulidades aparentes. Têm-nas diante dos olhos o adquirente.

Basta olhar ou ler o título, ou melhor examiná-lo, para as perceber. Não se justificaria a invocação do princípio da inoponibilidade das objeções, pois importaria preservar-se o portador quanto a si mesmo. Podia vê-las, e não as viu. Por outro lado, nulo é o próprio título, nenhuma a eficácia da declaração unilateral de vontade. Não tendo retinido os pressupostos de forma necessários à sua validade, não vale.

Daí, a oponibilidade da objeção a qualquer possuidor, ainda os de boa fé.

§ 3.714. Prescrição e prazo preclusivo

1.PRECISÕES. O titulo ferido pela prescrição, ou pela expiração do prazo preclusivo, é título semimorto ou morto. *Vor ambulans,* pode ter

estado, enquanto eficaz, em mãos de vários possuidores. Na de um deles, expirado o prazo para a apresentação, ou dada a prescrição, começa, da parte do subscritor, ou dos outros obrigados, a possível defesa, correspondente ao encobrimento da eficácia (prescrição) ou correspondente à extinção da obrigação, ou, quando fôr o caso, da ação (preclusão).

2.CIRCULAÇÂO POSTERIOR. A circulação do título depois de expirar o prazo para ser apresentado, ou de prescrita a pretensão, é sem quaisquer consequências para o subscritor.

Existe a cédula, existe a posse, mas a apresentação, feita ao subscritor, já não surtiria efeitos jurídicos. Quem o possui, tem diante de si, ou nas suas mãos, uma coisa. Se houve preclusão, não existe mais eficácia do titulo. Se *r*

houve prescrição, está encoberta a eficácia.

§ 3.715. Defesas e exceções oriundas do direito intertemporal e do direito internacional privado 1.MUDANÇA DE LEI ENTRE A SUBSCRIÇÃO E A APRESENTAÇÃO. No intervalo entre a subscrição e a apresentação, pode intervir lei nova. Temos de examinar as seguintes hipóteses: a)Lei permissiva ao tempo da subscrição, lei vedativa ao tempo da apresentação.

b)Lei vedativa ao tempo da subscrição, lei permissiva ao tempo da apresentação.

2.LEI VEDATIVA APÓS LEI PERMISSIVA. Se a lei do tempo da subscrição permitia, na espécie, a cláusula ao portador, a dívida do subscritor só depende do contacto com o *alter* digno da ação protectiva da lei. Ou a lei nova, vedativa, a partir da data da sua vigência, inquina de nulos os títulos em circulação, com o propósito violento de considerar contra a ordem pública as declarações vedadas; ou ainda permite, dentro de certo prazo, a apresentação ao subscritor, reputando vencidas as posteriores a ele; ou subordina a determinado registo especial tais títulos ambulatórios, sob pena de caducidade; ou deixa à verificação dos juizes a *quaestio facti* de terem sido anteriores à lei, ou *in fraudem legis.* Há outras espécies imagináveis.

a)Se a lei nova veio reputar, por qualquer motivo que seja, contra a ordem pública, na espécie estudada, a forma ao portador, os títulos caducam nas mãos de quem quer que seja. Apresentados ao subscritor,

esse opõe a exceção de direito intertemporal, que concerne, *ex hypothesi,* à forma do título. É de crer que tenha ficado de pé o direito comum. Nesse caso, cabe a *condictio indebiti.* Se também essa caiu, o subscritor está completamente exonerado.

Foi o que sucedeu na Rússia e nos demais Estados comunistas.

b)Se a lei nova permite, dentro de certo prazo, a apresentação ao subscritor, ,reputando-as vencidas, é a nova regra de direito intertemporal que precipita o vencimento. Tem-se, no exemplo, combinação de duas regras jurídicas: vencimento das obrigações posteriores a determinado dia e data final do prazo de apresentação. Aqui, como na espécie a) a nulidade envolve a questão da ordem pública.

c)Se a lei nova subordina a determinado registo especial os títulos em circulação, sob pena de caducidade, certamente fixou prazo para isso; e o seu propósito é separar, nitidamente, os dois tempos: o da permissibilidade e o da vedação.

Findo o prazo, aos portadores de títulos não registados a objeção é oponível, salvo regra especial do direito intertemporal quanto aos títulos, que, por fôrça maior, não foram registados. d) Se a lei nova deixa aos juizes apurar a prova de terem sido anteriores à lei, ou *in fraudem legis,* são permitidas as provas do subscritor e as do apresentante, ou decide o próprio juiz que as partes as produzam. Aqui, o subscritor não pode opor objeção, porque essa seria a de ser o título posterior à lei, e *Nemo auditur propriam turpitudifletfl alie gans.* 3. LEI PERMISSIVA APÓS LEI VEDATIVA. Invertem-Se os termos da questão: lei vedativa ao tempo da subscrição, lei per-missiva ao tempo de ser apresentado o título. Se a lei nova contém regra de *convalescença,* o problema assaz se simplifica: convalidam-se os títulos anteriormentenulos. *De lege ferenda,* há o seguinte argumento contra a convalescença formal: o titulo era nulo, nulo deve continuar de ser.A favor da convalescença: a lei reconheceu a injustiça da regra anterior. Em geral, para a convalidação dos negócios jurídicos,é mister: *a)* ou outro ato dos figurantes, ou do declarante, que seja reconhecido pelo direito, como suficiente para o efeito convalidante; *lfl* ou pela confirmação, mas essa não constitui prôpriamente convalescença; *c)* ou pelo decurso de tempo,quando a lei o reputa limitação à sua própria regra de nulidade ou o considera equivalente à declaração de vontade do gênero *a)* ; *d)* pelo fato do homem, ou não, que a lei tenhapor expressão de qualquer das espécies *a), lO* e e), mesmo quese não trate de dado temporal (decurso de tempo). dificilmente, os títulos ao portador entram nos casos acima referidos. Contudo, é possível que

o subscritor, ou a sociedade subscritora, lance nôvo programa, considerando válidosos títulos em circulação. Não é, prôpriamente, *convalescença* sim *confirmação.* Se a lei fixou prazo, dentro do qual os títulos não-válidos são suscetíveis da objeção de nulidade, atendendo à data ou vencimento deles, resolve-se o problema na caracterização de dois períodos: período de nulidade e período de validade.

Se a lei nova não contém regra de convalescença, os títulos anteriores a ela são nulos, e os posteriores, válidos.

Cumpre saber o que é que se entende por título anterior à lei nova.

~,Será o título cuja data de subscrição foi anterior à lei permissiva? j,Qual o dia, se não consta a data?

Título literal, a data dele, em relação ao portador de boa fé, somente pode ser a que está escrita. O problema teria importância se a lei antiga fosse permissiva, e a lei nova, vedativa: a data, que o podador viu, ao adquirir, a data que está no título, se não corresponde à realidade (antedata), encobre a verdadeira criação do título, ao tempo da vedação. Sendo permissiva a lei nova, o subscritor tem, salvo regra especial de direito intertemporal, de se abster *r*

de objeções contra o portador de boa fé, para quem decisivo é o teor do titulo.

As regras jurídicas vedativas, em lei nova, têm de atender a que o legislador está adstrito ao respeito do ad. 141, §

39, da Constituição de 1946.

4.DIREITO INTERESPACIAL A lei que rege o negócio jurídico unilateral do título ao portador, em direito internacional privado, é a *lei do domicilio* dó subscritor, salvo se a forma está ligada, por motivo de ordem pública, a outra lei. Quando dizemos *lei do domicilio,* referimo-nos à lei do lugar em que é domiciliado o subscritor ou tem sede a empresa, ou àquela lei, que fôr conteúdo dessa. Objeções e exceções oponíveis a quem quer que seja, se concernem à matéria intrínseca e relativas a fato anterior à obrigatividade, regem-se pela~ lei do domicílio do subscritor. Se concernem à matéria extrínseca, segundo os princípios primários ou secundários que dominam a forma. Apresentado o título, as objeções e exceções que supõem vínculo já formado, obedecem à lei do domicilio do subscritor, ou, tratando-se de obrigação do apresentante, das duas pessoas, titular da pretensão e obrigado. Ç o caso da compensação.

No Código Civil francês, art. 14, estatui-se o seguinte:

"L"étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l"exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux en France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français". Tal artigo criou, em matéria de títulos circuláveis, exceção assaz interessante, nascida da pessoa (nacionalidade) do apresentante. Se é estrangeiro o obrigado e estrangeiro o portador, é oponível a defesa de direito processual internacional. Não cabe a defesa, se o portador é francês. Tal particularidade do Código Civil não infirma os princípios, nem as bases teóricas dos títulos circuláveis. Trata-se, aí, de simples *exceção de incompeténcia* do tribunal francês, que não se opõe ao portador apresentante, e sim à justiça francesa, com fundamento no texto legal francês. Por isso mesmo, o subscritor estrangeiro não se exime às consequências da *apresentação,* quando não-francês o apresentante.

Estrangeiro como é, o subscritor tem de obedecer à lei da sua divida, que é a lei do seu domicílio, ou a que essa adotou como conteúdo. Apresentado o titulo, está formada a obrigação. O fato de não poderem os tribunais franceses conhecer do litígio entre estrangeiros, ainda nos casos de titulos circuláveis, vedação que depende do direito processual internacional, conforme a concepção francesa, de nenhum modo atua nos princípios que devem reger a vida do título, antes ou depois da apresentação.

§3.716. Objeções e exceções oponíveis a quem foi o primeiro em contacto com o título ou posterior portador de má fé

1. PORTADOR DE MÁ FÉ. Se disséssemos objeções e exceções oponíveis ao tomador, não teríamos incluído a objeção de furto, a de achada e outras semelhantes. Daí empregarmos a expressão contacto, para bem caracterizarmos a classe de objeções e exceções de que se trata, objeções que excluem a dívida do subscritor só em relação ao apresentante e só pelo fato de não ter havido segundo contacto com possuidor de boa fé. Por outro lado, existem casos em que não é elemento principal a má fé; neles, o que mais importa é tratar-se do tomador.

2.FURTO OU ROUBO OU OUTRO CRIME SEMELHANTE. Trata-se do

furto ou roubo e delito de semelhante natureza, *de que foi vitima o subscritor.* Não se confunda, como é vulgar ocorrer, com o furto ou roubo ou outro crime na série dos possuidores. Por vezes, na própria jurisprudência, chama-se de má fé e, como tal, tem-se como subordinado às objeções do subscritor, o indivíduo acusado de haver furtado, ou roubado, ou ter adquirido, cientemente, o título que outrem furtara, roubara, ou achara. Érro evidente. A má fé, que permite as objeções do subscritor, é a má fé em relação a esse, o furto, o roubo, a apropriação indébita, a achada, ou crime que em tanto importe, de que foi vítima o subscritor, e não aquele que sofreu qualquer um dos elos da cadeia dos possuidores.

Nessa espécie, o subscritor não ficaria com o poder de objetar: intimado judicialmente, teria de não pagar, até nôvo mandado, coisa, é bem de ver, essencialmente diferente.

Regular o título, assinaturas autênticas, mas subtraido antes de circular. £ o exemplo típico da saída sem ou contra a vontade do subscritor.

Claro que o signatário conserva a objeção enquanto o título não passa à mão de possuidor de boa fé. Por quê?

Satisfaçamo-nos com a teoria que sustentamos. A lei marca a vincularidade a partir do contacto com o *alter* digno. Nem poderia ser de outro modo. Antes desse contacto, a declaração unilateral de vontade do subscritor nada mais é do que negócio juridico unilateral *ainda* sem eficácia ; portanto, não vinculativo.

r

A oposição da objeção não tem outro fito, subjetivo ou objetivo, que o de se declarar a inexistência (noutros têtmos:

a não -formação) do vinculo. Faltou o contacto com o *alter* digno. Faltou a *condiria juris* do vínculo, que é *efeito.*

O negócio juridico unilateral, antes do contacto com o *alter,* não é vinculativo. Se fosse, contra esse ladrão não haveria objeção.

Tal objeção é inopomivel ao portador de boa fé, ponto, esse, em que a teoria unilateralística marcou um dos seus triunfos, e em que as demais são obrigadas a recorrer à idéia, manifestaniente estranha, de culpa. Foi o subscritor, dizem, o culpado. Culpado de se deixar roubar. A esses responderíamos com interjeições: admitido, como é possível e

provável (no caso de roubo, por exemplo), que o subscritor não tivesse tido nenhuma culpa, então deveria ser permitido opor objeções Nos demais casos, não havendo prova da culpa do subscritor, ter-se-ia de presumir, para que pudesse intervir o princípio da inoponibilidade!

3. ACHADA. Anteriormente, desenvolvemos o que era de mister sobre o achâdigo. Nâo insistiremos. Baste-nos esclarecer o papel da objeção.

Quem acha uma coisa ou pode apropriar-se dela. A lei regula a achada das coisas, incluindo-se os títulos e documentos. Quem acha, pôe -se na posição que antes denominamos de primeiro contacto com o titulo. Como, nesse momento, só cogitamos da perda pelo próprio criador do título, entre subscritor e achador nenhuma pessoa se interpõe .

Se o achador apresenta o titulo, com o intuito de satisfazer as exigências legais, não há cogitar-se de *apresentação* para formação de crédito. Não houve obrigação, porque não se deu o contacto com o *aUer* digno, nem o achador pretende que tivesse havido.

Se o achador o apresenta, exatamente para se fazer credor e receber o quanto, mencionado na declaração, pode o subscritor opor-lhe a objeção, que, como a de furto, não tem outro fito, quer subjetivo, quer objetivo, que o de se declarar a inexistência, a não –formaçao , do vínculo. Faltou o contacto com o *alter* digno. Faltou a *condicio,* oriunda de lei *<inris).* Se o negócio jurídico unilateral, por si só, fosse vinculativo, quer dizer se a teoria unilateralistica extrema fOsse verdadeira, contra o achador não deveria haver objeção.

Se o achador aliena o título, estando de boa fé o adquirente, a situação muda. Houve o contacto com o *alter* digno, Deu-se a *candido juris:* o contacto com a *tatus ex publico,* merecedor da ação protectiva da lei.

§ 3.717. Outras objeções e exceções com o primeiro alter” em contacto, não tomador 1.SEGUNDO OU POSTERIOR POSSUIDOR. Os casos do furto, do roubo e da achada são os principais em que o primeiro em contacto com o título não é tomador. Deles, induz-se o principio tia oponibilidade, como se induz, noutras circunstâncias, em relação aos tomadores.

2. ERRO . São anuláveis os atos jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de êrro substancial (Código Civil, art. 86). Considera-se êrro substancial o que interessa à natureza do ato, o objeto principal da declaração, ou alguma das qualidades a ele

essenciais (art. 87). Tem-se igualmente por êrro substancial o que disser respeito a qualidades essenciais da pessoa, a quem se refira a declaração de vontade (art. 88).

a)Os possuidores que não estão em contacto primeiro com o título, ou, melhor, que não foram tomadores, não podem estar a par do que existiu entre o subscritor e o tornador, ou entre sacador e sacado, ou entre tais signatários e o tomador. Por isso mesmo, os vícios de vontade do subscritor não lhes podem ser opostos.

O tomador, ou o sacado <na relação sacador-sacado), estêve em relação com o subscritor, ou sacador. Se êrro houve, substancial, na relação entre ele e o declarante, não pode a lei ter estatuído a inoponibilidade, se houve, pela falta do *alter,* O sacador alega o êrro, opondo-o ao sacado, ou ao tomador do titulo, ou ao possuidor de má fé.

Nunca contra o portador de boa fé, como a esse não seria licito opô-lo o sacado, vitima ao atender ao sacador.

b)De nenhum modo o erro sobre a solvabilidade poderá ser oposto. Nem ao avalista é dado opor ao portador de boa fé o êrro, de que foi vitima, apondo a sua assinatura em aval de firma falsa.

8. DOLO. Os atos jurídicos são anuláveis por dolo, quando esse fôr a sua causa (Código Civil, art. 92). O dolo do representante de uma das partes só obriga o representante a responder civilmente até à importância do proveito que teve (art. 96>.

a) O dolo, de que se trata, é o *dolus causam duns* ou principal, e não o *incidens* (arts. 92 e 98>. A distinção é oriunda dos glosadores (SPRENGER, tYber *dolus causam duns* und *incidens, Archiv flir die civiIistische Praxis,* 88, 361), e não do direito romano. Aliás, já o notara NOODT, no século XVII.

r

O Código Civil alemão, § 128, não se preocupa com ela; mas o Código Civil brasileiro, ad. 92, manteve-a. Exige a *casualidade.* O *dolus incidens* só permite a ação de perdas e danos, art. 98.

A diferença entre o *dolus incidens* e o *doiuvn causam duns,* de que se ocuparam GERHARDT NoODT *(Opera omnia,* 1, 145 e 512), CUR. FR. vON~GLtYCI< *(Aus f-&hrliche ErUiuterung der Pandectevi,* IV, 118 s.) e

CÁRL JUL. MENO VALETT *(Praktisch~theoretische Ãbhan,dIungen,* 68 s.), foi aceita por Cnu. FR. VON

MÚHLENBRUCH *(Doctrina Pandectarum, 4?* ed., § 387), A. F. *3.* THIiBAUT *(S~jstent des Pandelctenrechts,* 4,8 ed., § 148), ALER. SCHWEPPE *(Das rómische Privatrecht,* 48 ed., 540 s.), J. A. SEUFPERT *(PrakttMhes Pandektenrecht,* 4,8 ed., II, § 261),

R.VON HOLZSCHURER *(Theorie und Casuistilc des gerneinevi Civitrechts,* 1, 880), 3. UNGER *(S~ystem des õsterreichischen aligemeinevi Privatrechts,* II, 55), B. WINDSCHEID *(Lehrbuch,* 1, 98 ed., 404 s.), L. ARNDTS

(Lehrbuch der Pandekten, 8. ed., § 287), E. REGELSBERGER *(Pandekteit,* 1, 587 s.), F. VON ZIEGLER *(ttber Betrug beirn Vertragsabschlus&e,* 22 a.), e não por O. C. BucHARDI *(Die Lehre von Wjedereinsetzung in devi voringevi Stand,* 831 a.), A. BECHMANN *(Der Kauf naeh gemeinem Recht,* 1, 302 s.) e H. DERNEUBO

(Pandelcten, 1, 7,~ ed., 248). Está, explícita, no Código Civil, arts. 92 e 98.

Pergunta-se:~ o *do iva incidens* nunca pode ser invocado em se tratando de atos jurídicos unilaterais? A resposta é afirmativa da possibilidade do *dolus* acidental, que apontamos nos próprios testamentos *(Tratado dos Testamentos,* 1, 164).

Do próprio dolo ninguém pode aproveitar-se. Nem, sequer, pode alegá-lo. *Dolum proprium alie gans novi est audiendus* (J.E. Mt > LLER, *Prontptuaflulfl juris novum,* II, 580). Do ato do que enganou nenhum direito lhe deve vir (SPRENGLER, t7ber *dolus causam dans* und *incidens, Archiv fiir die civilistische Praxis,* 88, 861, 381 e 888).

jQuid juris, se o dolo de um é *incidens,* e o do outro, *causam dans?* Na L. 208, D., *de diversis regulis inris antiqui,* 50, 17, p6e-se por principio *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non inteilegitur damnum sentire;* mas, na L.

45, § 1, D., *de axtionibus empti venditi,* 19, 1, vem a exceção (E. MOMMSEN, *Beitritge zuni Obligationenrecht,* 1, 108). A culpa *levis,* o dolo acessório, não escusaria o dolo *causam duns.*

Ao primeiro que estêve em contacto com o título, ao toma-dor, é oponivel o dolo. Ao podador de boa fé, quer dizer àquele que adquiriu de outrem, inclusive do tomador, o titulo 4. COAÇÃO . Quando os juristas invocam, para explicar a inoponibilidade da exceção de dolo,

o principio de que só opera entre figurantes, ou, dolo de terceiro, se um dos figurantes o soube, esquecem-se de que a *violência* não se rege pela mesma exigência de ser entre figurantes, ou, pelo menos, conhecida de um deles. Estatui o Código Civil, art. 101:

"A coação vicia o ato, ainda quando exercida por terceiro". No § 1.~: "Se a coação exercida por terceiro fôr prêviamente conhecida à parte, a quem aproveite, responderá esta solidâriamente com aquele por todas as perdas e danos". No § 2.~: "Se a parte prejudicada com a anulação do ato não soube da coação exercida por terceiro, só êste responderá pelas perdas e danos

b)A coação, para viciar a manifestação da vontade, há de ser tal, que incuta ao paciente fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens, iminente e igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido (ad. 98). ~ a *fuerza* do Código Civil argentino, arts. 936-943, e do chileno, a *nolena* do francês, a *violenza* do italiano, a *Drohung* do alemão, a *gegrilvidete Furcht* do suíço.

Alguns sistemas jurídicos distinguem a coação obstativa de consentir e a que vicia o consentimento. Violência da primeira categoria tornaria nulo, por ser *vis absoluta,* e ter sido outrem o autor do ato jurídico, em vez de, viciadamente, a pessoa de quem se ~quis o consentimento. Torná-la-ia instrumento mecânico da vontade do coactar. Na coação prôpriamente dita, há consentimento, o que *diminui* a liberdade, sem a *excluir* de todo.

e) No direito brasileiro, se o Código Civil pôs sob o mesmo efeito de anulabilidade o êrro-obstáculo e o êrro-vício, foi coerente no que toca à violência: só se referiu ao *temor,* situação que permite *preferir-se* a prática do ato viciado ao dano à pessoa, à família, ou aos bens do sujeito. Na doutrina alemã, se há *vis absoluta,* nada feito: ai, o caso não é de *anulabilidade,* mas *excludente* da própria declaração de vontade (C. CROME, *Sijstem,* 1, 428). De declaração de vontade o ato só tem a aparência, e, para que se cogite de anulabilidade, será preciso que exista declaração, declaração que se anule (G. PLANCX, *Kommentar,* ~, 4? ed., 568), que tenha consentido, viciadamente,o declarante. *Coactus voluit.* O assunto foi explanado no Tomo IV, §§ 411, 1, 2, 412, 1, 458, 1, 2, 461, 1, e 468.

d)Nos títulos negociáveis, a alegação de violência é perfeitamente admissível, tratando-se de tomador, ou coactor, ou terceiro, que nela tomou parte, ou está de má fé. A questão só se põe quanto ao possuidor de boa fé.

r

Aqui, a regra é a mapanibilidade. Procurou-se distinguir a violência, que operaria *in retn,* e o dolo, que só opera *in personam.* Ora, não seria inadmissível isso na organização sistemática dos títulos negociáveis. Para que a violência operasse *ivi rem,* seria preciso que a assinatura, ou o escrito e a assinatura, nos títulos, que o exigem, tivessem sido resultado *exclusivo* de coação física, em que não se haja dado a *preferência,* a que se refere o art. 98

do Código Civil. Então, tal assinatura vale o mesmo que a assinatura falsa, porque não foi o aparente subscritor que a fez. Fê-la outrem, fé-la o coactar, ainda que empregasse, para isso, a mão da vítima. Fora de tal caso excepcional, a coação vicia, não exclui a vontade: quis coarctadamente, mas quis. Ou, mais rente ao nosso assunto, declarou, coacto, mas declarou. Tal vicio de vontade não pode ser oposto ao portador de boa fé e nenhuma distinção cabe fazer-se entre a arguição de violência e a argihição de dolo.

(De passagem, notemos o seguinte: o Código Civil brasileiro manteve a distinção clássica no tocante ao dolo, ao passo que *parece,* no ad. 98, ter procurado passar por cima da linha divisória entre a *vis absoluta* e a *vis compulsiva.* Naturalmente, a doutrina tem de recorrer à ciência, e foi o que fizemos.

O Código Civil alemão não cogitou da cisão do *dolus,* ao passo que caracterizou a das coações. Alguns juristas pretendem que, *de lege ferenda,* seria preferível reputar-se *ivi personam,* sempre, a coação; outros, *in rem,* tanto a coação como o dolo. Insinuani que a diferença só tem razão de ser histórica.) Assim, o princípio da inoponibilidade quanto ao portador de boa fé aplica-se no caso de coáção. Se a violência foi absoluta, então o subscritor aparente objeta, não pela anulabilidade do ato, e sim pela inexistência da autenticidade da declaração, objeção que a põe no mesmo pé que a vitima da falsidade. Para isso, tem de provar, clara e concludentemente, que a firma foi feita por outrem, que, em nenhum dos momentos da feitura, ele, diante do temor de dano à sua pessoa, à sua família, . ou aos seus bens, iminente e igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido, *preferiu* declarar. Essa preferência constitui o pressuposta específico do art. 98. Certo, para pedir a anulabilidade, quando cabe, a vitima pode alegar a *vis compulsiva* e a *vis absoluta,* pois essa é *mais* do que aquela:

provando-a, provou mais do que o suficiente. Quando, porém, não cabe a objeção de anulabilidade (tal o caso dos titulas circuláveis), a distinção é de extraordinária importância, teórica e prática. Só a *vis*

absoluta permite a defesa contra o possuidor de boa fé: o subscritor é só *aparente,* como no falso.

Ainda nas relações entre subscritor e portador de má fé, para que a coação faça anulável a declaração e, pois, constitua defesa eficiente, é preciso: *a)* que tenha sido a causa determinante da aposição da assinatura; *b)* que seja justificado o temor, ameaças que não podiam intimidar não bastam; *c)* que o temor seja de dano, referente à pessoa do paciente, à família dele, ou aos seus bens. Não seria suficiente poder ligar-se a regra jurídica a alguma violência, remota, ou, se contemporânea do ato, não inquinável de ser-lhe a causa.

e)A *vis compulsiva* consiste em violência atual ou em ameaça. Mas ameaça não do ato coarctivo, sim das conseqüências , dos efeitos da repulsa há, também, naquela. Há meios materiais e meios morais de coagir. Todos podem tornar anulável a declaração de vontade. O proprio dano temido pode ser moral: desonra, desconsideração pública, ridículo. Temores pânicos e insensatos não viciam o ato. Certamente, o direito contemporâneo não exige tipo abstrato de homem, resistente, por igual, às ameaças: o juiz tem de levar em conta a receptividade do paciente.

Nos últimos tempos, tornou-se a questão da *vis absoluta* (nos títulos negociáveis) o ponto mais ferido pelas teorias. Não é o dogma da vontade, que está em causa, mas a própria declaração de vontade. Pergunta-se se a inexistência da vontade livre, devida *à vis absoluta,* tem como consequência a inexistência da declaração unilateral de vontade. Isto é, se, nesse caso, a declaração aparente é inoperante. O argumento maior a favor da necessidade do livre querer no ato criativo consiste em se enfrentarem, na espécie, a tutela do público quanto à declaração à generalidade e a das pessoas quanta à possibilidade das coações. No fundo, duas tutelas do público.

A doutrina tradicional é a favor da inexistência da obrigação. Não surge, para o declarante, a responsabilidade, porque o seu querer não existiu. Uma coisa é declaração de vontade, que vincula *pelo que parece,* e outra coisa, a declaração de vontade, *que não é,* porém que aparece. Na *vis absoluta* e na falsidade, não se pode negar a aparência de declaração de vontade do subscritor, e, numa e noutra, o subscritor nada declarou. Quando se desce aos exemplos, em vez de se verem fronteiras entre a *vis absoluta* e a simples coação, o que se vê é abismo,de um lado, a simples coação, do outro, a falsidade e a *vit absoluta.* O aparente subscritor, cuja mão, segura pelo coactar, traçou, sem qualquer aquiescência, a assinatura, merece ser tratado como a vitima do falso, e não como aquele que preferiu declarar a ver sofrer ele próprio a ação, com que o ameaçam, ou sofrerem pessoas que lhe são caras.

Resta saber-se se o aparente subscritor, abroquelado por trás da alegação de inexistência da declaração, pode ficar em *silêncio,* deixando que o título prossiga em seu enganoso caminho. ~ Se ele cala o que houve, exime-se da responsabilidade perante o adquirente, a quem a sua declaração pública teria visado? i,O fato de ter sido vítima de *r*

vis absoluta, ou de falso, não impõe o dever de resguardar o público? Desde que ele sabe, dificilmente escapará ao *dever de levar ao conhecimento do público* a falta da sua vontade na subscrição do titulo.

- O *aviso,* para que o público não sofra as consequências da *vis absoluta,* ocorrida ao subscritor, é dever desse.

Com o aviso, desfaz-se a aparência criminosa; o silêncio, *voluntário,* induz a crer-se na adesão do subscritor ao ato criativo involuntário.

Tal é a convicção hodierna; e A. LANGEN *(Die Kreationstheorie,* 117) chegou a dizer que o aviso, quando só aparece depois de período de *silêncio voluntário,* nenhuma eficácia tem. Vale a partir do momento em que se lançou ao público, e não se pode dizer que os adquirentes posteriores estejam imunes às consequências do aviso pelo fato de ter existido, antes dele, o período de silêncio voluntário. O período de silêncio voluntário somente será de invocar-se por parte dos adquirentes anteriores à suficiente propagação do aviso.

Sobre *vis absoluta,* Tomas IV, §§ 411, 1, 2, 412. 1, 458, 1, 2, 468; e X, § 1077, 2.

§ 3.718. Reserva mental e não-seriedade do ato

1.LITERALIDADE E Expressão . O que importa nos títulos negociáveis, como pressuposto e consequência, não da lei de circulação, mas sim de se tratar de declaração de vontade ao público, é o conteúdo literal do titulo, e não a vontade subjacente do subscritor. Por isso mesmo, o ad. 85 do Código Civil, de tão relevante significação na grande maioria dos atos jurídicos, e enorme nos testamentos, dificilmente pode ser invocado contra o portador de boa fé. Diz o ad. 85: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

Na subscrição do titulo ao portador e dos outros títulos circuláveis, a declaração unilateral de vontade aparece como perfeita e vàlidamente

querida. Trata-se de vinculações por atos ilícitos, rege-se por outros princípias, cuJos conseqüências são de fácil apreensão.

2.RESERvA MENTAL. Pelo só fato de ter feito o declarante a *restrição* mental de não querer o que declarava, não é atingida a declaração unilateral de vontade. É nula a declaração se é feita a alguém que conheça a restrição.

É principio geral de direito, que aparece, expresso, no Código Civil alemão, § 116.

O Código Civil brasileiro não insere regra jurídica que lhe corresponda. Foi omisso, porém a regra do § 116

repousa no interesse público, na necessidade de segurança das relações da vida. Nem a atitude abstinente da l~i brasileira importa haver aceito a *teoria da declaração* (Erklãrungstheorie>, nem a explicitude do Código Civil alemão se há de reputar inserção de tal teoria. Aliás, se a tivesse adotado, o § 116 não seria preciso (E.

HERZEELDER, *J.* v. *Staudinçjers Kommentar,* V. 445). Ao tomador, ao portador de má fé, a reserva mental é oponível quando tomou parte no ato fundamental e conheceu a restrição. Aos portadores de boa fé, de modo nenhum.

3.NÃO -SERIEDADE DO ATO. A pilhéria má, com o intuito de que outrem creia, não invalida o negócio jurídico. Assim, se, por pilhéria, alguém enche título ao podador, assina-o e passa-o a outrem, está vinculado, como estaria em qualquer outra situação, ainda que não concernente a titulo negociável. Se falta o intuito de enganar, de maldade astuciosa, e não passou de gracejo, como o titulo feito pelo professor na aula, a objeção é oponível ao portador de má fé, porém não ao de boa fé.

A reserva mental, que pode influir, somente se repoda às declarações dependentes de recepção, às *empfangsbed*"*Urftige WillenserkUirúngen* (H. 15KV, Zur Lehre von den Willenserkliirungen, *Jherings Jahrbiicher, 44,* 54). Há quem tenha como restrição mental; a mais inofensiva (G. VON PESTALOZZA, *Der Begrifi der Mentalreservation im Sinne des* § *116* 8GB., 8), a troca de uma palavra por outra, a anfibologia, mas seria engano considerar reserva mental a troca de palavras: trata-se de *equivocação.* Nos títulos circuláveis, a letra do escrito é o único elemento determinante nas relações para com os portadores de boa fé. Mais uma vez se evidencia a subordinação do *declarado* aos princípios

comuns às dividas *ex lege,* bem como a sua inteira indiferença à regra do art. 85. Sobre reserva mental, Tomas 1, § 85, 3, 4; II, § 245, 2; 1H, §§ 252, 8, 815, 1, 326, 2; IV, §§ 412, 5, 464, 1, 481, 4; VI, § 658, 5.

§ 3.719. Mudança dascircunstâncias e cláusula "rebus sie atantibus" 1.ÊRRO E CIRCUNSTÂNCIAS. Cumpre não se confundir o êrro sobre o conteúdo da declaração com a *r*

reservainexplicita *rebus sie stantibus.* Se ele conhecesse a verdade, não faria o título, tal o êrro. Se, ao tempo em que o subscreveu, a situação fosse a do dia em que foi emitido o título, ou em que o perdeu, ou lho roubaram, não o teria subscrito: tal a reserva mental *rebu sic stantibus,* ou a pressuposição. A cláusula *rebus sic stantibus* há de estar no título ao portador. O principio da literalidade exige-o. "Prestarei tantos caminhões de cimento para a obra rodoviária x" e promessa com cláusula porque pode vir a ser mudado o .plano da rodovia, de jeito que a emissão fique sem vinculação, uma vez que a empresa que emitiu os títulos *só* o fez para concorrer com o material no círculo de empreiteiros da estrada.

3.720. SIMULAÇÃO

A regra, inserta, ou não, nas leis, será *interpretativa,* ou *dispositiva.* Coma quer que seja, as *condições, cláusulas* ou *pressuposições* podem ser tácitas, ou implícitas; e, assim, com a literalidade, com o caráter formal e abstrato dos títulos circuláveis não é incompossível a cláusula *rebus sie stantibus,* ou, até, a *pressuposição,* quando *explicita* ou *implicita* no texto. As cláusulas e pressuposições, estranhas ao titulo, essas é que, explícitas ou implícitas no negócio jurídico entre sacador e sacado, ou subscritor ou sacado e tomador, não podem ser apostas ao portador de boa fé.

2.MUDANÇA DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS NOVAS. *É* preciso que haja *declarações de vontade.* Essa, para os portadores de boa fé, é o que importa. As novas circunstâncias, ou as mudanças nos fatos, não obstam às consequências da *apresentação* do título, por parte do portador de boa fé, ainda quando pudessem atingir o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente entre subscritor e tomador, ou entre sacador e sacado, ou entre sacador ou sacado e tomador.

§ 3120. Simulação

1.DOLO E INFRAÇÃO DE LEI, SIMULAÇÃO E INFRAÇÃO DE LEI.

O dolo, ou a simulação da subscritor, se viola a lei, não é dolo, ou não é simulação. Deu-se procedimento ilícito, quer quanto ao móvel, quer quanto ao fim, quer quanto ao conteúdo da declaração. De modo que o dolo, ou a simulação do subscritor, quando infringem lei *imperativa,* constitui causa de *nulidade,* e não de *anulabilidade:* houve, de regra, a *fraude à lei.*

Sobre *fraus legis,* Tornos 1, § 17; IV, §§ 469, 5, 478, 1; VIII, § 989, 1; XVIII, § 2.145.

2. SIMULAÇÃO. As mais vulgares simulações são as de *data.* Sempre que a simulação é para evitar, au aplicar, indevidamente, norma legal, há nulidade: houve ato *in fraudem legis.* Se o subscritor simulou o ato jurídico, há simulação, com todos os característicos do *vicio.* Então, é *anulável* o ato.

Diz o Código Civil, art. 102: "Haverá simulação nos atos jurídicos em geral: 1. Quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem, ou transmitem. II. Quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira. III. Quando as instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados". Em sentido amplo, a palavra *simulação* abrange a *reserva mental,* em que há divergência entre a vontade declarada e a vontade real; o gracejo, que se não destina a produzir efeitos jurídicos; e a simulação *stricto sensu.* No sentido do Código Civil, art. 102, só a última espécie se há de considerar.

Os casas principais de simulação são os seguintes: *a)* interposição de pessoa; *b)* declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; *c)* instrumento particular antedatado ou pós-datado.

a) A interposição de pessoas aparece nos títulos nominativos e à ordem, dificilmente nos titulas ao portador.

Nesses,o caráter de títulos inominados facilita, por tal forma, beneficiar-se, ou simplesmente interpor-se alguém, que se confundem o ato simulativo e a própria adoção da cláusula ao portador. Isso não quer dizer que, interpondo-se alguém como tomador, não se dê a simulação. Dá-se, mas sem nenhuma atuação na vida do titulo.

Ao portador de boa fé nA o se poderia opor a simulação do negócio. Aliás, no próprio direito comum da cessão, a simulação do cedente não é oponivel (Código Civil, art. 1.072, 2.~ parte).

b) Nem a simulação absoluta, nem a relativa tira à apresentação pelo portador de boa fé as consequências jurídicas. Certo, os atos jurídicas unilaterais *permitem,* por fora déles, tenha havido a bilateralidade nas maquinações. A respeito, convém lembrar-nos o que escrevemos alhures: Parece que os juristas estão a confundir unilateralidade do *ato juridico* e uni-lateralidade das manobras simulantes. Demais, o que, praticando ato jurídico, simula, pode proceder de tal maneira, que, sôzinho, maquine no interesse de outrem, de modo que dispense- a efetiva bilateralidade da simulação.

r

Qualquer que tenha sido a conclusão, ou, unilateralmente, a manobra simulante, o podador de boa fé é imune às suas consequências. Na própria cessão, o devedor opõe , tanto ao cessionário como ao cedente, as objeções, que lhe competirem no momento em que tiver conhecimento da cessão; mas, diz a lei art. 1.072, 2.~ parte), nãn pode opor ao cessionário de boa fé a simulação do cedente.

c)A *antedata* ou a *pós-data* „do instrumento particular constitui simulação. A do instrumento público, falsidade.

A lei dá ao oficial público o dever de. determinar o momento em que se lavrou *à* ato. Não são os figurantes que escrevem as datas.

Nos títulos ao portador, é tão relevante o teor do titulo, tão decisivo, que, para o portador de boa fé, nenhumas consequências têm a antedata e a pós-data. No caso de incapacidade do subscritor, a questão assume caráter mais delicado quando, ao subscrever o titulo ao portador, o antedatou, ou o pós-datou, com o tempo da capacidade.

Aqui, não é a antedata nem a pós-data, que está em causa, não opera por si; trata-se de verificação do momento decisivo para se apreciar . Se o subscritor era incapaz ao tempo da subscrição e, embora capaz ao tempo da circulação do titulo, esse saiu sem ou contra a sua vontade, o portador de boa fé nada pode alegar em seu favor, saNo se o subscritor, devendo destruí-lo, não o fez, ou, sabendo da saida, não tomou providências de publicidade.

A única razão, em principio, para ficar vinculado o subscritor é a coincidência entre a data e a capacidade.

Apenas, se há boa fé do portador, e o subscritor, já capaz ao tempo da emissão, permite a saida da título, como que revalida, pela emissão voluntária e normal, o titulo aparentemente defeituoso. A volta à capacidade planta a confusão no espirito público; por outro lado, passa ser a data mais *escolha* do que fixação da momento criativo do titulo.

§ 3.721. Resolução de negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente e causa 1.Posição DOS PROBLEMAS~ Os títulos negociáveis são, de ordinário, criados para pagamentos de compras, ou para ressalvas de mútuos, au quaisquer outras operações. Quando, por alguma razão, a compra-e-venda, ou o contrato de que áe trata, se resolve, cessa de ser *devido* o pagAmento. Tal alegação cabe entre o sacador e o sacado, se o saque se baseava na venda, ou entre o subscritor e o tomador. Nem o subscritor, nem, nos saques, o sacador ou o sacado, pode opor ao portador de boa fé a resolução.

2.ExCEÇÕES TIRADAS DA CAUSA. Já dissemos que os negócios jurídicos com causa são a regra.

Reproduzimos o que, a respeito, ensinam os juristas do pais em que mais se cogitou dos negócios abstratos. Os negócios jurídicos abstratos são a exceção. Por isso, quando se lê em CLÓVIS BEVILÁQUA, na comentário ao art. 90 do Código Civil, que o requisito da causa entrou no Código Civil francês por equivoco, o espanto é enorme. Uma coisa é *causa,* e outra, *motivo.* O art. 90 estatui: "Só vicia o ato a falsa causa, quando é expressa como razão determinante ou sob forma de condição". Devia ter dito o *falso motivo.* Em regra, o motivo é indiferente, e motivos são pré-intenções que d~ ensejo ao negócio. Excepcionalmente, em certas circunstâncias, é extraordinário o valor deles, para a interpretação dos atos jurídicos; desce-se a eles, quando em questão especialissima de ilicitude; elevado a essencial pela vontade das partes, deixou de ser pré-intencional; formulado como condição, sobe à categoria de determinação *mexa.* Sobpondo a nota sObre causa <nota a que não corresponde - direito nenhum do mundo) a artigo, que se refere ao motivo, dois erras graves cometeu o comentador: *a)* confundiu causa e motivo, como se o entomologista confundisse abelha e formiga; *b)* declarou eliminada a noção de causa, invocando, sem qualquer razão, o exemplo de outros povos, como se eles tivessem extinguido os negócios jurídicos causais, à semelhança do entomologista que dissesse não haver mais formigas sobre a terra. Se a causa já não fOsse requisito essencial dos negócios jurídicos, todos os negócios jurídicos seriam abstratos. Tudo devido à inicial confusão entre causa e motivo.

Causa de um negócio jurídico é a representação final que o acompanha, juridicamente relevante no sentida de alterar o efeito do negócio o fato de se não ter atingido o fim (H. KRIEGSMANN, *Der Rechtsgrund* [causa] *der Eigentumsilbertragung, 5)*. Reação da ordem jurídica. Assim, na doação, se há um *do ut facias,* deixou-se de atingir o fim que era *doar*.

Para se eliminar a *causa,* seria preciso remodelação radical do direito dos povos, o apagamento de tOdas as categorias que assentam na distinção das *causas.* Se isso é possível, não sabemos: porque a vida não se deixa sondar tão profundamente.

Pode bem ser que hajam razão os que reputam a noção de *causa* jurídica necessidade psicológica. Nesse caso, seria impossível a eliminação: *chassez le naturel* ..... Mas admitamos que seja fruto de técnica, da técnica dos homens, desde os primórdios até hoje: seria preciso derrocá-la tôda.

Os títulos negociáveis são, exatamente, pela sua singularidade, pela *abstraçâo* da causa, a prova de ser a regra o *r*

negócio jurídico causal. Todas as defesas tiradas da ausência, ou da ilicitude da causa, são inoponíveis ao portador de boa fé. Com isso, suficientemente se mostra a completa separação, a autonomia do negócio jurídico do titulo ao podador, a vinculação, que dele resulta, regida por princípios comuns às promessas ao público e, até certo ponto, às obrigações por atos ilícitos e às próprias penalidades criminais. Outrossim, é ressaltante a inelidibilidade da causa nos negócios jurídicos ordinários. Em todos eles, dá-se a possível oposição da carência de causa, ou da ilicitude causal. Acionado pela dívida de jôgo, a devedor opõe, útilmente, a objeção ou a exceção: ao próprio cessionário de boa fé permanece oponível. Ocorre o mesmo quanto à ação do credor ou do cessionário, ainda de boa fé, por dívidas originadas do contrato para a crime, das casas de tolerância e outras de igual natureza.

No entanto, o titulo ao portador, que o devedor. tivesse subscrito, para saldar tais dividas, estaria incólume nas mãos do portador de boa fé. Porque, desde o momento em que nasce a divida (contacto com o *alter* digno), essa é *abstrata;* quer dizer separada da causa, que só se pode referir ao outro negócio jurídico, ao negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, e estranho ao vínculo formada entre o subscritor e o portador de boa fé.

Ao credor do negócio jurídico subjacente, sem causa ou de causa falsa ou ilícita, pode o devedor opor as objeções e as exceções respectivas. Ao portador de boa fé, de modo nenhum. Dá-se o mesmo quanto ao devedor em virtude de negócio simultâneo ou sobrejacente.

(Falamos de falsa causa, no sentido exato, e não no sentido do ad. 90, onde falsa causa significa falso motivo.

Quando se trata de falsa causa, essa, para a nulidade do ato, não precisa ser apontada, expressamente, como determinante, nem aposta sob a forma de condição. Isso somente concerne ao falso motivo. Daí os perigos do êrro em que incidiu CLÓVIS BEVILÁQUA, lendo causa, depois de tê-la escrito no Código Civil, onde devera ter escrito motivo e ler motivo.)

Sobre o art. 90 do Códig,o Civil, Tomo 1, § 36, 5; II, § 225, 1; IV, §§ 430, 6, 437, 4, 438, 1, 2; XIII, § 1.565, 2; XXV, §§

2.067, 1, 3.073, 2.

Vejamos como se saem as teorias na explicação da inoponibilidade das objeções e exceções tiradas da causa.

Foram os partidários da *teoria da cessão* os mais embaraçados com esse problema.

A idéia de renúncia não pode ser utilizada, porquanto a carência ou a ilicitude da causa constituem mudança de negócio jurídico ou fonte de nulidade. Demais, se renúncia houvesse, teria sido, também ela, nula, por ser parte integrante do contrato primitivo.

Recorreu E. THAILER *a teoria acessória,* que ele ligou à *teoria da delegação,* a fim de explicar a inoponibilidade sem a afirmativa de se tratar de negócio jurídico abstrato. Foi a *teoria da caução,* pois quem garante, disse ele, tem no seu próprio garantir a causa, que é a vontade de se obrigar pela caução. Quanto ao fim, colimado pelo sacado, ao ligar-se ao título, não constitui causa: é simples motivo, e o motivo é sem influência sobre a validade da obrigação.

A *teoria unilateralística pura* explicou a inoponibilidade das objeções e exceções tiradas da causa mediante o seu próprio postulado: trata-se de obrigação *abstrata,* e obrigação abstrata, é, por definição, *abs-trata* da causa; quer dizer *separada* dela. A inexatidão consistiu em se falar da obrigação (em alguns, da divida), em vez de se aludir ao negócio jurídico unilateral, cuja natureza determina a abstração.

Conforme a teoria que sustentamos, a *teoria dos três momentos,* a declaração de vontade contida no título circulável, como as outras declarações ao público, subsume-se na grande classe das declarações em que a eficácia depende do contacto com o *alter* digno. As dividas nascem quando se dá o contacto com o *alter* digno. Nenhuma ligação têm com o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, porque os próprios sujeitos são diferentes, a própria regra jurídica aplicável a um não é a regra jurídica aplicável ao outro. Mais: pode não ter existido negócio jurídico básico. Nelas, abstrai-se da causa, por isso mesmo que se trata de outro negócio jurídico, de divida, abstraída da causa da outra. Título ao portador vincula a despeito da causa, porque a causa não é sua: é do outro negócio jurídico, se houve, antes, outro negócio jurídico e se teve causa; ou de outra obrigação não-negocial.

3.CARÊNCIA DE CAUSA. A carência de causa suporia, de regra, convenção que não foi cumprida. Três exemplos: o subscritor criou os títulos para solver obrigação, que o sócio já havia pago; o título foi feito para adquirir ações de sociedade em formação, que não veio a constituir-se; o títúlo foi subscrito para a compra de um sítio, compra que não se pôde efetuar por não a ter permitido o credor hipotecário.

Se no teor do titulo ao podador se refere a causa, o que está escrito é o que importa. Não se diga ser sem relevância no direito dos títulos ao portador. Tem-na, e grande, precisamente pelo contraste entre o direito que rege os títulos circuláveis e o que rege os negócios jurídicos ordinários. O portador de boa fé tira da literalidade todo o seu direito. Falsa, ou verdadeira, a indicação da causa, o teor do escrito é que se há de considerar. Se a causa constante *r*

do conteúdo literal é só aparente, ou encobre, com a aparência, a causa ilícita, não importa. A causa verdadeira, a que está, encoberta, sob a causa aparente, é causa de outro negócio jurídico, e não do título, da declaração unilateral de vontade.

O direito do portador de boa fé tem a sua extensão e os seus limites marcados pelo teor do título. Dívida separada do negócio jurídico subjacente, a que emana do titulo ao portador, ou de quaisquer outros títulos negociáveis, não pode sofer as consequências ligadas a outro vinculo. Tão -pouco, o direito de apresentação, que nasce ao contacto do titulo com o *alter* digno. O portador tem o direito de apresentação, ainda que o título tenha sido criado para solver divida de jôgo, para remunerações de intrigas, de campanhas jornalísticas injuriosas, ou de atos de lenocínio. O que se disse a propósito do negócio jurídico

subjacente também se entende com o negócio jurídico simultâneo ou sobrejacente.

Caso especial de titulo ao portador, é o *titulo de favor*.. O titulo de favor supõe que o negócio jurídico subjacente,simultâneo ou sobrejacente, não tenha tido causa, ou não existido ato jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente. e tenha havido colusão entre os signatários, ou entre o signatário ou signatários e o tomador.

Mediante ele, sai o titulo a. circular sem que, a sua origem, tenha havido qualquer operação jurídica.

A propósito, procuremos precisar o que se entende por *titulo de favor:* uns querem que só se considere título de favor o que foi criado com o propósito contrário à ordem pública e seria o mesmo que *título frauduloso;* outros entendem que o conceito é mais vasto, porque há títulos feitos com fraude e títulos sem fraude, cabendo ambas as espécies na rubrica títulos ditos de favor.

A ausência de operação que motivasse a criação do titulo e a ausência da intenção de se ligar caracterizam os títulos de favor. A intenção do favorecente não é a de ter de pagar, e sim, apenas, a de emprestar. digamos, o valor do seu nome. O beneficiado, em geral, prometeu-lhe enviar, no momento do vencimento, a quantia necessária: contando com isso, o subscritor aquiesceu em assumir, perante o público, o papel de obrigado verdadeiro, que ele, *nas suas intenções,* não e. No fundo, há todo um conjunto de contradições: não pretende vincular-se, e vincula-se; não deve ao favorecido, e concorre, com a aparência de dívida, para que se acredite em melhores condições financeiras o beneficiado pelo título de favor.

Cumpre não se confundir tal titulo com a fiança, ou com a abertura de crédito. Na fiança e na abertura de crédito, o favorecente vai direto ao sem fim, não se utiliza de mentirosa aparência. Tudo, que, na fiança, ou na abertura de crédito. aparece, corresponde à realidade. Conteúdo e continente coincidem. O que presta fiança e o que abre o crédito têm e manifestam a intenção de se vincular. Ora, nos títulos de favor, falta, precisamente, esse elemento, que é a vontade de se ligar:

quer-se a aparência da ligação, e não a ligação. É evidente a reserva mental. Naqueles outros institutos, nada há de ilícito ou de oculto: são operações reais e claras. Nesse, não: a colusão constitui um dos elementos da definição.

Resta saber qual a sorte que merecem os títulos de favor. Há dilema

liminar: ~ devem ser tratados como manobras fraudulentas. aparências vedadas, ou entram na classe dos expedientes extralegais, não inquinados de nulidade, que favorecem, como meios hábeis, as relações de vida?

A questão só interessa quanto ao portador de má fé, porque, qualquer que fosse a solução, não seria suscetível de prejudicar o portador de boa fé. Ainda que fosse tido como ilícito o ato de subscrever e emitir títulos de favor, não seria permitido opor tal objeção ao portador de boa fé, cujo direito tem a extensão e os limites caracterizados pelo contexto literal da declaração unilateral de vontade.

Circunscrito o dilema à oposição ao portador de má fé, notemos que há duas correntes relativas à nulidade dos títulos de favor. Uma, por motivos diferentes, afirma a oponibilidade; outra, mais uniforme entre os seus partidários, nega-a. Para esses, o título vale e é eficaz, não se podendo descer à indagação da causa.

a) A doutrina mais generalizada parte do perigo, que há nos títulos de favor, assim para o favorecente como para o portador e, pela prolongação artificial da vida dificultosa do favorecido, também a esse. Para justificar a nulidade, alguns recorrem ao argumento da ausência de provisão, argumento fragílimo, porquanto, na maioria dos títulos circuláveis, a ausência de provisão não os faz nulos. Naqueles, em que a nulidade se dá, teria tido outra causa.

Outros invocam a *falta de causa.* Ao que se tem respondido que a dívida do favorecente, ou o seu ato criativo (porque, em verdade, ele não quis vincular-se) teve causa na promessa de lhe serem dados, ao vencimento, os fundos necessários, ou na intenção liberal da sua parte, consistente no que poderíamos chamar *doação de prestigio.*

Terceiro grupo alude *da causa.* Para esses, quem cria títulos de favor outra coisa não pretendeu que enganar a terceiros.

O quarto grupo, analisando a espécie, mostra que um dos elementos é suficiente para a nulidade do título: a ausência da vontade de se vincular. (Em verdade, não se trataria de invalidade, mas sim de inexistência.) *r*

b) Não houve, diz-se, nenhum ato de coação, ou de dolo, na criação tio título de favor. Duas pessoas, capazes, acordam

à

entre si (negócio jurídico subjacente), que uma delas *prestará à* outra o serviço de *subscrever* e *emitir* ou de *pôr aceite* a titulo de favor. Poderia, em vez disso, emprestar-lhe o dinheiro, ou doar-lho, e seria o mesmo. O que se vê ai, em graus diferentes, é ato liberal, talvez inspirado no conhecimento das verdadeiras circunstâncias objetivas e subjetivas do favorecido, ato que livra a esse de posição difícil, ou da própria falência. Nada há de imoral ou de contra a lei. Demais, j~em que é que consistiria a manobra fraudulenta? Em fazer crer-se que havia provisão, ou que o favorecido era credor do favorecente? A provisão, quando tem importância, só a tem para os que descontam o título, para os portadores de boa *fé.* Ora, quanto a esses, a questão não lhes interessa. Não há nenhuma dúvida relativamente à dívida e à obrigação de quaisquer signatários de favor, seja o emitente, o sacado, o avalista de qualquer deles, o endosunte, ou o avalista do endossante, para com o portador de boa fé.

c)Há uma porção de confusões nas soluções dadas e no próprio modo de pOr a questão. Segundo a teoria que sustentamos, só existe divida do subscritor divida oriunda da declaração unilateral de vontade, que é o titulo circulável quando se dá o contacto com o *alter* digno. *Alter* digno é o portador de boa fé. *Alter* digno também pode ser o tomador, quando esse tomador é digno da proteção da lei. Se o tomador é digno, nasceu a dívida. Se o tomador não é digno, não nasceu a dívida, e, nesse caso, só nasce quando o tomador, ou alguém que lhe suceda na posse, passar o titulo às mãos de *alter* digno (portador de boa fé).

Portanto, só nos interessando a dívida para com o tomador, a questão consiste em um ser, ou não ser, da vincularidade da declaração

unilateral de vontade. Se o beneficiado, com os títulos de favor, outra coisa não quis que obter valor, que o subscritor, se soubesse da má intenção, não forneceria, o tomador, que estava de má fé, é indigno, e a dívida não surge. Se o tomador obteve como obteria abertura de crédito, ou fiança, deve ser tratado como credor, a que o devedor pudesse opor a compensação. Não dissemos *igualmente;* dissemos *como.*

PrAticamente, no ativa do favorecido, deve constar o titulo de favor, e, no passivo, o crédito de favorecente, à semelhança do que se passaria com a fiança, ou com a abertura de crédito. Isso não importa para se saber se a divida nasceu.

Os credores do favorecido falido não são amparados pela inoponibilidade da objeção, porque eles não são podadores do título e o falido ou descontou o título, e responde segundo os princípios, ou não o descontou, e está sujeito às alegações e provas do subscritor. Ficam os credores do falido sujeitos à verdade do que se apurar quanto ao que se passou entre o signatário de favor e o favorecido. Outrossim, os credores do favorecente, que têm a defesa contra o favorecido e seus credores, nos casos em que o favorecente teria.

Finalmente: o titulo de favor é titulo que passa às mãos do favorecido, que é, n *ecessariamente,* possuidor de má fé.

O saber o terceiro, que dele adquiriu, ou já adquiriu de outrem,que houve favor ao tomador favorecido, ou ao *r*

sacador favorecido, não basta para compor a má fé do portador *em relação a qualquer devedor.* A. má fé teria de consistir em conluio com o favorecido, ou, em relação a outros obrigados, com o favorecente. Coludindo, o portador faz-se de má fé.

No mais, as objeções e as exceções são as mesmas que seriam oponiveis se não fOsse de favor o titulo.

3 3.722. Defesas e exceções oponíveis ao portador, mas estranhas ao titulo 1.PosiçÃo DO PROBLEMA. Estamos em pleno domínio de situações pessoais do subscritor para com o portador; portanto, sem qualquer ligação com o passado circulatório do título, ou com os antecedentes ou finalidade da sua criação.. Ai justar-se-la o nome de objeções e exceções contra o apresentante, defesa pessoal e exceções pessoais, mas oriundas de algum tato, o que lhes confere caráter objetivo, e não subjetivo. A questão da má fé é quase indiferente. Tais defesas e exceções são, principalmente, a de confusão, a de

compensação, a de remissão e a de pagamento.

2.SOLUÇÃO DA DIVIDA. Se o devedor, antes ou depois do vencimento, pagou ao *apresentante,* isto é, àquela mesma pessoa, que, agora, lhe vem exibir o título, é perfeitamente oponivel a defesa de pagamento. Isso nada tem que ver com a boa fé do portador em relação à posse do título, quer perante os possuidores antecedentes, quer perante o próprio subscritor. Muitas vezes, está de boa fé o apresentante, cujo titulo foi pago ao mandatário com podêres suficientes, ou se acha depositada a quantia em virtude de decisão judicial, sem que o apresentante soubesse.

No momento em que o portador *apresenta* o titulo, formar-se-ia a obrigação. Em vez do vinculo anterior, o da divida, forma-se o nOvo, entre subscritor e apresentante. Desde que tal vinculo se cria, tOdas as defesas e exceções tiradas das relações obrigacionais entre eles são possíveis.

8. COMPENSAÇÃO. Outro exemplo temos na compensação, que se opera conforme os princípios do direito, porque já é a relação jurídica obrigacional a relação jurídica entre o subscritor e o apresentante.

E *confuso?* Primeiro, imaginemos que a confusão se opere na pessoa do emitente ou do sacado. Houve pagamento antecipado, e o emitente, ou o sacado, repôs em circulação o titulo. Quem repõe em circulação um título~ também se repõe em relação jurídica de divida.

Há questão grave, que é a dos devedores durante a primeira circulação, porém que só interessa aos títulos à ordem, ou aos obrigados à ordem em título de dupla vida, à ordem e ao portador. Nos títulos puramente ao portador, não há devedores durante a circulação: o avalista, que avalizou o subscritor ou o sacado, continua vinculado, até que, segundo a lei respectiva, se extinga a sua divida. O titulo entra e sai da casa do subscritor, sem nenhuma confusão. Nos títulos à ordem, não se diga que o podador da nova circulação ignora, em todos os casos, a confusão havida: a presença da assinatura do

devedor, pela segunda vez, bem lhe evidencia o endOsso por ele, indicação suficiente de que o titulo estêve nas mãos do devedor. Bem que pareça clara tal argumentação, destoa da função dos títulos circuláveis, que devem permitir aos devedores a própria circulabilidade pelas suas mãos. À

semelhança dos títulos ao podador, -o titulo à ordem deve entrar e sair do cofre do devedor, como valor que entra e que sai. As obrigações nascidas das assinaturas apostas, durante a circulação ou circulações anteriores,persistem, e só se extinguem quando, normalmente, se tenham de extinguir. A data do vencimento e o protesto servem à fixação do momento em que se possa decidir quanto a ter havido, ou não, a confusão.

§ 3.723. que é que se entende por portador de boa fé?

1.INOPONIBILIDADE DE OBJEÇõES E DE EXCEÇõES AO PORTADOR DE BOA FÉ. Um dos pressupostos para a aplicação do principio da inoponibilidade de objeções ou exceções é a boa te do podador. A *r*

esse respeito, há, assaz generalizada, a noção de *favor,* quando, em verdade, se trata de *direito.* E grande dificuldade: precisar-se o que se entende, ai, por boa fé.

É costume dizer-se que o *principio da inoponibilidade* é favor ao portador, em consequência do êrro invencível, em que ele caiu. Não se trata de *favor;* trata-se de *dtrezto,* que a lei lhe dá, não em atenção ao êrro invencível, e sim porque ela tem interesse em salvaguardar o público, como salvaguarda as pessoas contra o crime, ainda consentido, ou praticado pela própria pessoa, e como protege quem atende à promessa de recompensa feita ao público.

Não há relação jurídica obrigaciOnal antes da apresentação. São, pois, inoponiveis todas as defesas e exceções ligadas ao passado do titulo, que dele , como declaração literal de vontade, não resultem, ou digam respeito ao próprio apresentante.

Aliás, defesas e exceções há, ligadas à *apresentação ,* e de que não falamos, por tenderem a provar a impossibilidade mesma da apresentação: negam o direito de apresentar em si mesmo, subjetivamente. Tais são as defesas e exceções de falta de legitimação (apresentante ou autor de ação, que apresenta tardiamente, ou contra dizeres do título, ou que o faz após a situação do Código Civil, art. 1.509, que no Torno XXXIII examinamos).

2.CONCEITO DE BOA rÉ, NO ART. 1.507 DO CódIGo CIVIL. O problema da própria noção de *boa fé,* tratando-se de portador, não é fácil. De antemão, cumpre não se confundir a *boa fé,* que se define quanto ao *possuidor* (na série dos possuidores). com a que se define quanto ao *portador* (apreciada em relação ao subscritor).

Por onde se vê que a própria noção de boa *fé* não é uma só para todos os casos, argumento para se afastar a possibilidade de subsumir-Se em principio geral, concernente à boa f é, o da inoponíbilidade das objeções e exceções.

Que é boa fé? Sejamos mais precisos:que é boa fé, nos casos do ad. 1.607 do Código Civil?

3. BOA FÉ E - "ALTER" DIGNO. Só a lei, a lei que estabeleceu a vincularidade da declaração unilateral de vontade,feita ao público, pode decidir quanto à dignidade ou não-dignidade do *alter.* Responder à pergunta

"quem é portador de boa fé?" equivale a dar resposta a outra "quem é *alter* digno?". aO interesse do crédito, da circulação, da segurança nas relações econômicas , exige que se vá ao extremo de proteger o portador que conhecia a defesa ou exceção contra outrem? Quando o portador, ao adquirir o titulo, sabia da oponibilidade, porém, de acOrdo com a lei, também estava a par do valor do titulo em qualquer mio a que passasse, ~por que não protegê-lo como ao portador insciente? Se o titulo estava a ser vendido, ~que importa que Ole, e não outrem, o comprasse?

a) Diante de tais dificuldades, a jurisprudência vacila, e alguns autores têm procurado agarrar-se a soluções intermédias. Tratando-se de defesa ou exceção tirada da causa, diz-se que a sua inoponibilidade deriva, exclusivamente, do caráter abstrato da declaração unilateral da vontade. Se o portador conhecia a causa, ou a ausência da causa, e, por conseguinte, a defesa ou a exceção, nA o é abstrato o titulo. Ai, o simples conhecimento do vicio bastaria para compor a má fé. Não se dada o mesmo para as outras objeções e exceções. Nessas, a inoponibilidade só desaparece pela aparição da fraudulência, fraudulência que viciaria a própria transmissão do titulo ao portador, ou o endOsso do titulo à ordem. (Ai, fraude ou fraudulência implicaria dolo.) b) Não param nesse ponto as opiniões médias. Para alguns, quando se trata de objeções ou exceções às quais se presume ter renunciado o devedor, pelo fato de subscrever o titulo ao portador ou

à ordem, só a fraudulência do portador pode liberá-lo. Quanto as objeções e exceções relativas ao consentimento e à causa, basta o conhecimento da exceção.

Critiquemos as duas opiniões conciliantes, se é que, em verdade, elas conciliam alguma coisa. Dizer-se que, se o portador conhece a causa e, portanto, a objeção ou a exceção, essa faz parte da ligação inicial e o titulo não é abstrato, constitui lamentável confusão entre o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ou o ato subjacente, licito ou ilícito, e a declaração unilateral da vontade. Assim, quando BRETRE afirma que "le titre n"est plus abstrait", se o podador conheceu a causa e, por consequência, a objeção ou a exceção, não colhe a realidade dos fatos. O título, esse, ou é abstrato, ou não no é. Se o portador estava a par da causa, ser-lhe-á oponivel a objeção ou exceção, porque a dívida por declaração unilateral de vontade não surgiu: não há divida abstrata e, por isso, não há eficácia de título, coisa muito diferente de haver título e ser abstrato. Aliás, esses pontos sutis são, no problema, de enorme importância. A segunda opinião intermédia joga com a sáfia noção de renúncia prévia das exceções, hipótese, por muitas razões, inaceitável.

c) As divergências, ou derivam de terem os escritores procurado resolver a questão com simples desenvolvimentos lógicos das suas atitudes teóricas iniciais, ou de confusão, não vista por eles, entre o dolo que *r*

precisa de provas exteriores e o dolo que ressalta das próprias circunstâncias. A divida por declaração unilateral de vontade somente surge quando se dá o contacto com o *alter* digno. A quem adquiriu do tomador, ciente da falta de causa, ou da falsidade, ou da ilicitude da causa, não nasceu a dívida por declaração unilateral de vontade, nem, *a fortiori,* o direito de apresentar, que depende de existir a dívida. Apenas poderia pretender a sucessão do negócio jurídico inicial, que é outro negócio jurídico, e Osso, *ex hypothesi,* ou é sem causa, ou de causa falsa, ou de causa ilícita. Não tendo surgido a divida por declaração unilateral de vontade pois não se deu o contacto com o *alter* digno não é possível cogitar-se do principio da inoponibilidade das objeções e exceções, principio que supõe a existência da divida por declaração unilateral de vontade, pelo título.

Se o tomador, o ladrão ou o achador do titulo, o passa às mãos de um *alter* digno, a dívida nasce, forma-se o vínculo entre declarante e sociedade, o possuidor, com a sua posse e o direito de apresentar, está imune às objeções e exceções tiradas da causa. Não pode periclitar o seu direito pelo fato de vir a conhecer o estado de coisas anterior. Por

isso mesmo, o adquirente posterior pode ouvir-lhe a narrativa do modo pelo qual veio a saber da falta, falsidade, ou ilicitude da causa, mas ouvir-lhe-á também a segurança da inoponibilidade da objeção ou da exceção, se tivesse de apresentar o titulo. Diante da asseveração do possuidor atual, asseveração que lhe diz "já existe a divida por declaração unilateral de vontade, porque eu fui, ao adquirir, possuidor de boa fé, *alter* digno", o adquirente sabe que existiu, antes de se formar a dívida, a possibilidade de objeções e exceções tiradas da causa, porém sabe, em aditamento, que tal oponibilidade não mais existe. Tais considerações evidenciam o grave perigo das conclusões tiradas das teorias, ou fundadas em análises insuficientes, porque não distinguem o lapso anterior à vincularidade e o lapso posterior ao vínculo, em que é sujeito passivo o subscritor, e sujeito ativo o possuidor de boa fé. No segundo período, como se viu, não basta o simples conhecimento, e não hasta, porque a divida já se formou. Ai está a razão por que os endossos precisam, para serem inoperantes, que se prove o dolo, prova, que não é necessária quando o endossatário, imediato ao tomador, *conhecia* a causa falsa ou ilícita, ou a ausência de causa do negócio jurídico. No primeiro caso, havia divida oriunda de declaração ao público já constituída; no segundo, ainda se não constituíra.

Se as objeções e exceções entram na classe das que não se ligam à causa, bem que concernentes ao transmitente, como a alegação de *compensação,* o portador apresentante fica incólume, quer não houvesse sabido, quer houvesse sabido da existência da objeção ou da exceção. Tais objeções ou exceções supõem o vínculo que só se estabelece com o contacto com o *alter,* mas desaparece, se muda o podador, nôvo titular, a f avor de quem, com a apresentação, nasce a pretensão. Se, essa é a espécie, a pessoa a quem se podia opor objeção ou exceção não foi o apresentante, não se constituiu, entre ela e o subscritor, a relação jurídica de obrigação. Portanto, nenhuma razão de ser teria invocar-se compensação, que *poderia ter sido* e *não foi.*

d) Alguns juristas procuraram estender o princípio da inoponibilidade das objeções e exceções a todo o terreno do direito civil. Seria, nada mais, nada menos, do que o principio geral que governa a posição dos terceiros de boa fé.

A redução do aparentemente excepcional ao verdadeiro normal constitui, em todas as ciências, serviço de monta.

Não há encarecer-se a relevância dos resultados teóricos e práticos. Resta saber-se se cabia, na espécie, tal redução, isto é, se o principio da inoponibilidade das exceções, quando de boa fé o *portador,* se

subsume, ou, pelo menos, se deixa subsumir no principio da proteção dos terceiros de boa fé. Pode ser que se trate de mera parecença, de dois dos muitos corolários do merecimento, *de Lege ferenda,* da *boa fé* à proteção excepcional da lei. Note-se bem: da *boa fé;* porque, no principio da inoponibilidade das objeções e exceções, se protege a *boa fé* do *portador apresentante,* e, na própria série dos possuidores, *a do possuidor.* Ora, os casos de boa fé do *terceiro,* quer no direito material, quer no processual, são muitos. Donde outros tantos princípios, parecidos, porém não subsumidos em alguns deles.

Nem todos os possuidores do titulo são terceiros de boa fé. Nas mios do primeiro tomador, dificilmente pode ser que esse se considere terceiro, e no entanto, em regra, será possuidor de boa fé. Aliás, no caso do empregado da casa, ou empresa, que, contra ou sem a vontade do dono-subscritor, vende o titulo, o. tomador não é o primeiro tenedor ou possuidor: entre a posse dele e a do subscritor houve a tença ou a posse do empregado, que transformou o seu *serviço de posse* em *posse imediata,* ou a sua *posse imediata imprópria* em *posse própria.*

Assim, rigorosamente, podemos dizer, em vez de “dificilmente”, “de nenhum modo”: o primeiro tomador nunca é terceiro. Isso não quer significar que não haja tomador possuidor de boa fé: terceiro, Ole não o é, mas pode ser possuidor de boa fé, sem ser terceiro, razão por que a assimilação do principio da inoponibilidade das exceções ao da posição jurídica do *terceiro de boa fé* peca pela inajustabilidade dos dois princípios, *em certos casos.*

O subscritor pode saber de fatos que lhe dariam defesa ou exceção, *e. g.,* tratar-se de titulo amortizado, e ocultá-lo do próprio tomador. Ésse é de boa fé, sem ser terceiro.

r

§ 3.724. Limitações ao emprego da cláusula ao portador

1. CÓDIGO CIVIL, ART. 1.511. Lê-se no art. 1.511 do Código Civil: “É nulo ó título, em que o signatário, ou emissor, se obrigue, sem autorização de lei federal, a pagar ao portador quantia certa, em dinheiro”.

Há nulidade do negócio jurídico. Portanto, nenhuma vincularidade se estabelece.

2.ELÁBORAÇÃO DO ART. 1.511 DO CÓDIGO CIVIL. As regras jurídicas do ad. 1.511 vem-nos do Projeto primitivo (i. 1.631): “É nulo o titulo civil ao portador, obrigando o devedor ao pagamento de soma em dinheiro, que fôr emitido sem autorização do Poder Legislativo Federal. Esta disposição fio se aplica às obrigações emitidas pela União e pelos Estados.” Substituiu-lhe a Comissão revisora (ad. 1.803):

“Também sob pena de nulidade dos títulos, ninguém poderá, sem autorização do Congresso Nacional, emiti-los de modo que obriguem ao pagamento de certa soma em dinheiro, ficando, em todo o caso, o emissor responsável por perdas e danos resultantes da emissão”. Ainda em 1902, o deputado SÁ Nixo‟rO, relator de parte do Projeto, na Comissão dos Vinte-e-Um, subscreveu emenda de Cu5vIs BEVILÁQUA, que levou ao Projeto a anteriores regras jurídicas, melhor redigidas e sem o adjetivo civil posposto à palavra título. Fôra, porém, sem o propósito de derrogar a leis comerciais, que tal se fizera. Da Comissão Revisora ficara, todavia, o evitamento da palavra

“devedor”, sempre que se tratou de regular a situação do subscritor: nulo o titulo, não haveria devedor, e o termo não diria bem, porque, se o subscritor deve algo, que tem valor nominal expresso pela declaração do titulo, isso não acontece se nulo o titulo. O promitente, que oferece, em anúncio, cem mil cruzeiros, a quem ache e lhe entregue um broche, ainda não deve cem mil cruzeiros: está ligado pelo que prometeu; se, em seu passivo, se lança o débito, pelo valor, o crédito contra ele somente começará qutndo alguém ache o broche: com a apresentação, nasce a pretensão; antes, nenhuma ação nata tem o inventor contra o promitente.

CAPITULO VII

PERMISSÃO E VEDAÇÃO DOS T!TULOS AO PORTADOR

§ 3.725. Aparição dos títulos ao portador no direito luso-brasileiro 1. ANTES DO SÉCULO XV. Antes do século XV é possível que tivessem existido, em Portugal, títulos ao podador. mas seriam fatos extrai Juridicos ou negócios jurídicos favorecidos pelos princípios

germânicos que permitiam o instituto. A primeira hipótese parece mais aceitável, uma vez que nada nos mostra, naquele tempo, a regulamentação de tais papéis, e é provável que não bastasse a tendência visigótica.

Se assim aconteceu, foram tão esporádicos e rarearam tanto que não lhes deram atenção os escritores de antanho e os posteriores. Portugal, talvez, juridicamente, pudesse ter titulos ao podador, porém não os pôs em circulação, ou os pôs escassamente, de modo que não tiveram história social tais meios de câmbio e de crédito. É o que se há de concluir da ausência de provas documentais de sua existência, ao lado da possibilidade legal de existirem, uma vez que o espírito peninsular e particularmente português recebeu os princípios germânicos sem neles insuflar muito de direito romano (MELO FREI *n, Historia Juris Civilis lusitani,* 49.) Cedo, é fato indiscutível a lei das transplantações de sêres vivos e de instituições que, no adaptarem-se, se remodelam e se entendem diversamente.

Do *contrato de câmbio* tem-se a prova histórica no século XIV, ~>ois os textos remontam ao tempo de Afonso IV.

É de crer-se que se inserisse muitas vezes a cláusula ao portador; mas nenhum elemento há de convicção.

Presunções retrospectivas de boa conta, e somente presunções .

Vem, depois, a influência do direito romano. BÁa‟roto DE SAXOPERRATO inspira, através de JoÃo DAS

REGRAS, o direito lusitano. Assim, o titulo ao portador teve em Portugal as fases que se apontam nos outros povos:

r

a) Favorável: uso sem indagação; quase sempre extrajurídico.

19 Desfavorável: romanismo absorvente; deszêlo das realidades práticas da vida e entranhado amor à interpreta.são romana do direito.

c) Reconhecimento direto, expresso, do título ao portador.

2.. O que nos incumbe ver é o ponto de partida desse período. Portugal foi o iniciador da moderna história da civilização universal.

Substituira ao comércio mediterrâneo, costeante e restrito, o comércio atlântico, de mar alto, o tráfico longínquo. Aqui, seria oportuno reproduzir-se o que estrangeiros dizem, e facílimo fórA mostrar-se o papel que os Portuguêses desempenharam na formação de idade em que também poderemos ter, nós outros, herdeiros, sociolôgicamente, dos seus feitos, de exercer finalidade de cultura e de civilização. A história de Portugal do fim do século XV em diante é tão nossa quanto dos Portuguêses, pois em 1500 começou a vida luso-brasileira. E não o é menos, sociolôgicamente, a anterior, porque o atavismo social é um fato, assim nos Estados-Unidos da América (SUMNER MAINE, ACHILLE LORIA), como no Brasil e demais países americanos.

Antes do Edicto de Comércio de Luis XIV (1678), que acolheu, em França, o uso dos títulos cambiários ao portador, já o Alvará de 25 de agôsto de 1672 recomendava "o estilo e as letras, que vinham do Norte". Aliás, o uso das letras de cambio desde muito era corrente (cf. ALVARO VALASCO, *Deci-. sionum Consultationum ao Rei-um judicatarum,* II, 422 5.; MELCHIOR FEnO, *Decisiones,* d. 72; GABRIEL PEREmA DE CAsno, *Decisiones,* 521 5.~ SILVESTRE COMES DE MORAIs, *Tractatus de Executionibus,* 1, 119 s.). Assim, sucessivamente, de 21 de agôsto de 1688 e de 16 de junho de 1714. A Lei de 28 de novembro de 1746 veio frisar a subsidiariedade e, talvez melhor disséssemos, a aplicabilidade dos princípios alienigenas em matéria de câmbio.

Estava, pois, aberta, mais uma vez, a possibilidade jurídica do titulo ao portador.

Talvez antes já o usassem os Portuguêses, mas o que não se pode afirmar é a existência dele em modo que se devesse computar na história sociológica da vida portuguêsa.

Povo aferrado aos seus costumes, às suas tradições, tenaz no conservá-las e duro no *consentir* em infiltrações indiretas (MELO FumE, *Historin luris Civilis Lusitani, 53:* "scimus enim Lusitanos nostros Patriarum semper Legum, et Consuetudinem atudiosissimos, tenacissimosque fuisse"), o Português foi sacolejado no fim do sexto decênio do século XVIII, aos golpes legislativos do Marquês de Pombal; e a Lei de 18 de agôsto de 1769, chamada Lei da Boa Razão, não podia deixar de Interessar ao instituto que nos ocupa.

Essa lei, de quem MELo IRRItE escreveu "celeberrima hac, et vere aurca Constitutione Josephus 1 totius legitimas aclentlae in Lusitania fundamenta iecit" (MELO FErRE, *Iii.tona JunCa CiviUs Lusitasti,* 87) não operou nada de decaivo no assunto, senão apenas o abrir velas

para o direito das nações modernas.

É no fim do século XVIII que se inicia o uso quase diremoe internacional dos títulos ao portador em Portugal e no Brasil. Em ordem expedida pelo Marquês de Pombal (ainda Conde de Oelras) à Mesa da Inspecção da Capitania da Bahia, providenciando sobre o giro das letras de Angola, pagáveis na Bahia, ou da Mesa dessa capitania contra despachantes de escravos nas Alfândegas de São Paulo, de Loanda e Benguela, mandou-se "que em beneficio do comércio se passassem essas letras pagáveis a *quem fosse* o *portador dela.,* mas sem obrigação da parte de Sua Majestade". SILVA LISBOA, nos *Principio. de Direito mercantil,* tratado *Das letras de cambio,* ofereceu exemplo formular, que não reproduzimos por danocasArio.

O direito cambiário entrou cedo em Portugal, mas uma coisa cambial, e outra, o titulo ao portador. A função não é a mesma; a evolução não coincide.

O uso dos títulos ao portador foi tardo no direito português. Nem podia deixar de assim ser. Portugal é, sociologicamente fato histórico-psicológico digno de indagações, que não cabem nesta obra. Reino pequeno e pobre, gente inculta, e audaz, forte e lutadora, com as exceções do gênio e do talento assoberbado de erudição e de saber profundo; robustecida nas guerras e desambiciosa de gozos individuais; com as vivendas modestissimas, dotadas de porcariço, conforme a economia doméstica dos tempos homéricos. Até habitações reais havia cobertas de giestas. O que hoje nos seduz, então lhe causava asco, ou desdém. O viver sem o vinco da sobranceria e sem as insolências gesticulares e verbais da honra hiperconscientes de si, fôra para eles mofinissimo viver. zQue lhes valiam o luxo e o bem-estar das casas pacificas, mediocremente felizes, se eles não estimavam em alta conta a vida humana? A doutrina cristã inspirou-lhe o desamor dos bens imediatos; as circunstâncias, a hereditariedade social, as contingências da geografia política e o cavalheirismo lhes apuraram o arrôjo, o idealismo da Idade Média, emoldurado, psíquica e fisicamente, pela armadura das atalaias, os alcáçares, as muralhas e as fortalezas *r*

fronteiriças. Escreveu A. DE SOUSA SILVA COSTA UDO *(História da Sociedade em Portugal no seculo XV,* 122): "No interior do reino, as cidades e vilas principais cercavam-se de igual defesa. esses castelos, sobranceiros à povoação e às quadrelas das muralhas crespas de

ameias, e flanqueadas de cubelos, davam à perspectiva um aspecto severo, como a lição, que apregoavam, de que somente a fôrça mantém o direito. As próprias tôrres quadrangulares das igrejas pareciam antes baluartes de guerra, do que piedosos campanários, destinados a repercutir ao longe, pela toada dos sinos, a celebração das solenidades religiosas. Sempre armados para a luta, endurecidos pela rudeza e agruras da vida, enlevados na contemplação das fantasias e imagens que lhes ofereciam as portadas, as ci-malhas, as naves, os presbitérios das catedrais e santuários, de tais homens o temperamento mental era de todo avêsso às nossas concepções da vida".

Navios portuguêses já iam, no século XV, aos portos de França, de Flandres, da Inglaterra e da Holanda. Depois, duram o mundo.

Não haviam de ser muito necessários os títulos cambiários e os papéis ao portador, pois as moedas estrangeiras corriam livremente, fato interessante da sociologia econômica da Idade Média.

As providências dos reis, no intuito de coarctar a depreciação do dinheiro nacional, eram sem grande êxito. Não valeram as tarifas, nem as regras para os contratos. As dobras cruzadas de Pedro 1 de Castela, as dobras de banda, lavradas por João II de Castela, as mouriscas, oriundas de Tunes, Fez e Marrocos, a coroa de França (FnNXo LOPES, *Ci-ônica. de D. Fernando,* caps. 60 e 68; O. E. DE AZURARA, *Crônica do Conde D. Pedro,* Livro 1, cap. 81) entravam ao numerário do país, ao lado das várias moedas nacionais. No reinado de j0ão 1 tais dinheiros alienígenas constituíam o principal provimento de ouro em Portugal (FERNIO LOPES, *C~ónica delrei D. Joam,* Parte 1, Cap. 1; O. E. DE AzuanA, *Crônica do Conde D. Pedro,* Livro 1, Cap. 81).

Além dessas havia, com estimação vária e diferente curso: o franco, a coroa nova, o escudo velho, de França, o nobre velho e o nôvo, a libra de Inglaterra, o florim de Florença, o ducado de ouro da Câmara de Roma, o nobre de ouro, bem assim a libra de grossos, a coroa flamenga, o *thaler,* o Philippe e o *stuiver* da Flandres, o saluto francês, Salut d"or (cf. Regimento dos cámbios, 10 de abril de 1471).

O instituto dos títulos ao portador preocupava então a Itália, a França e a Alemanha; em Portugal, tem-se de recorrer aos títulos públicos para se conseguir referência.

Dos títulos bancários cuidou depois que a Carta de Lei de 81 de dezembro de 1821 estatuiu a fundação do primeiro banco português legalmente conhecido o Regulamento de 25 de junho de 1822.

O ad. 17 do Regulamento autorizou o Banco de Lisboa a emitir notas de banco, pagáveis ao portador. Quanto aos títulos públicos, aos *padrões de juros,* que eram equiparados a bens de raiz (Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 47) substituiram-se as *apólices,* transmissíveis por endôsso (e alguns afinnam que por simples tradição manual), a ponto de quase se confundirem com o papel moeda. Não nos convencem argumentos sem prova; e a quem quer que leia a Lei de 29 de outubro de 1796 verá que os afirmadores, e, dentre eles, ALBER‟ro DOS REIS

(Dos Titulos ao portador, 76) não a folhearam sequer. Lá está escrito, entre as exigências da emissão: "Primeira: que as. referidas apólices poderão correr como letras de câmbio, *com os seus competentes endossos,* para os seus capitais serem pagos pelos rendimentos hipotecados, quando houver lugar; assim, e do mesmo modo, que por elas hão de ser satisfeitos os respectivos juros infalivelmente a semestres, nos meses de março e setembro sucessivos ao vencimento deles, à pessoa ou pessoas, às quais pelas mesmas apólices e endossos dela haja de competir" *(Coleção da Legislação portuguesa ,* Legislação de 1791 a 1801, 327).

As apólices só se transferiam pelo endOsso. No ano seguinte, pelo Alvará de 13 de julho de 1797, a rainha D.

Maria, a fim de levar a bom têrmo o empréstimo a que se reportavam o Decreto de 29 de outubro de 1706 e o Alvará de 13 de março de 1797, mandou que se diminuísse o valor das apólices (menores de cinqUenta mil réis) e, outrossim, que girassem "livremente sem endôsso, ou cessão", e se aceitassem "em tOdas as estações, e recebedorias da Minha Real Fazenda, no Meu Real Erário, e em tOdas as Ações entre os particulares, sem exceção alguma, como se fOssem dinheiro de metal, pelo seu valor nominal, e sem atenção a juros, e em a metade do pagamento total das mesmas ações, procedendo-se contra os que duvidarem recebê-las na forma que está determinada contra os que enjeitarem Moeda do Rei".

Era o curso forçado em papéis de juros (6%), o que lhes dava caráter híbrido, exótico, de entre papel-moeda e titulo de crédito. Mas só então as criou o reino, e não antes, em 1796, como dizem.

Quanto às loterias, não se apurou ainda, com os parcos indícios, se eram ao portador no século XVIII, em Portugal e mais partes do Reino.

A Carta de Lei de 12 de outubro de 1808 aprovou os estatutos do Banco do Brasil, cujo funcionamento data de 11

de dezembro do ano seguinte, e autorizou-o a emitir *letras ao 'portador à* vista e a prazo. Eis o que se lê na Carta de Lei, que tentou obviar aos "obstáculos, que a falta de giro dos signos representativos dos valores põem ao Comércio" e que "devem, quanto antes, ser removidos, animando e promovendo as transações mercantis dos *r*

Negociantes desta (praça do Rio de Janeiro) e das mais praças dos meus Domínios, e Senhorios, com os Estrangeiros": "Em todos os pagamentos, que se fizerem *à* Minha Real Fazenda, serão contemplados e recebidos como dinheiro os bilhetes do dito Banco Público pagáveis ao podador, ou mostrador à vista, e da mesma forma se distribuirão pelo Erário Régio pros pagamentos das despesas do Estado". Os Estatutos apensos ao Alvará, ad. 1, VII, incisos 40 e 6.0, deram ao Banco a faculdade de operações consistentes "na emissão de letra, ou bilhetes pagáveis ao portador à vista, ou a um cedo prazo de tempo, com a necessária cautela para que jamais estas letras ou bilhetes deixem de ser pagos no ato da apresentação; sendo a menor quantia, porque o Banco pode-rã emitir uma letra, ou bilhete, a de trinta mil réis" e "em receber tOda a soma, que se lhe oferecer a juro da lei, pagável a cedo prazo em bilhetes à vista, ou à ordem do portador, ou mostrador".

Os Bancos que se criaram depois emitiram letras ao portador, com autorização do govêrno ou dos podêres provinciais, ou sem autorização: o Banco do Ceará (1836), que só durou três anos, e emitiu mais do que % capital; o Banco Comercial do Rio de Janeiro (1848), cujos estatutos só foram aprovados em 1842, com modificações, entre as quais a proibição de emitir letras e vales a prazo maior de dez dias ou de mais de quinhentos mil réis; o Banco Comercial da Bahia (1845), que usou o cheque ao portador e as letras ao portador; o Banco Comercial do Maranhão, que fez as operações sem ser autorizado (1846); o Banco do Pará (1847) e o Banco de Pernambuco (1847), que emitiu as letras e cheques ao portador.

Quanto às apólices, a Carta-Régia de 24 de outubro de 1800 estabeleceu: que se consolidasse a dívida até 1797 e se dessem apólices: "Fareis logo dar o valor da sua obrigação em uma Apólice, que vença o juro de quatro por cento"... ; o Alvará de 9 de maio de 1810 mandou que se marcasse prazo aos credores (dividas até 1797) para apresentarem suas letras e documentos, sob pena de prescrição (Alvará de 9 de maio de 1810: "Que tOdas as dividas contraídas até o fim do ano de mil setecentos e noventa e sete se considerem antigas, como fOra assentado na extinta Junta da Revisão, e que todas as dividas desta natureza, cujas letras e documentos não forem apresentados no Conselho de Minha Fazenda, para as suas respectivas

habilitações, dentro do prazo de três anos contados da data do presente Alvará, se entenderão prescritas, e sem ação dos Credores para as pedirem jamais, como se não tivessem sido contraídas, ou estivessem totalmente pagas") ; e o Decreto de 12 de outubro de 1811

determinou que se processasse no Erário Régio do Rio de Janeiro uma fOlha da antiga divida e se dessem aos credores cédulas, com o juro anual de 0 % .Seriam ao portador as cédulas? j,As apólices seriam inominadas?

Nada nos responde com seguridade. Tudo conduz a crer-se que não fOssem; o que não importa afirmar-se que não pudessem ser.

O Brasil, que fOra "parte adjacente" portuguêsa e *reino,* separou-se de Portugal. As múltiplas despesas novas, relativas a responsabilidade por empréstimo inglês, com que se comprou o reconhecimento da desligação <e dizemos assim, em vez de independência, porque o Brasil já era reino, e Portugal acabaria por perder a rédea do govêrno), e coisas mais, fizeram com que crescesse de muito a divida pública. O Banco do Brasil teve autorização para emitir (oito mil contos) e foi assim que se paliou o desconcertante das aperturas financeiras. Em 1827, fundada a divida, preferiram-se as apólices sem a tradição simples. Só cinqUenta e dois anos após, em 1879, o VISCONDE DE OURO PRETO, quando usou da autorização do ad. 3□0 da Resolução legislativa n. 2.077, de 28

de junho de 1879, adotou a cláusula ao portador e os cupões anexos nas apólices (ouro) do empréstimo de cinqUenta mil contos de réis.

Três anos depois, legalizou-se a implantação e estatuiu-se para os casos de perda ou destruição das apólices ao portador e seus cupões (Lei n. 3.140, de 30 de outubro de 1882, art. 11).

Ainda em 1889 coube ao VISCONDE DE OURO PRETO o lançamento de empréstimo nacional (cem mil contos de réis), em ouro, cujos títulos tinham ou a forma ao portador, ou a mista, isto é, título nominativo e cupões de juros ao portador (Decreto de 27 de agOsto de 1899).

Reportaram-se à forma inominada o Decreto de 6 de outubro de 1890, o de 25 de fevereiro de 1895 e os que regularam os empréstimos provinciais ou estaduais e os municipais, antes da República ou vigente a República.

§ 3.726. Regras jurídicas de permissão e de vedação

1.ESPÉCIES. A lei federal de permissão ou de vedação para se emitirem títulos ao portador pode ter caráter geral. ou só se referir à espécie, ou constituir proibição de certas categorias jurídicas ao podador.

a)Permissiva de caráter geral: a) quanto à letra de câmbio (Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, ad. 1.0, 4); *b)* quanto ao cheque (Lei n. 2.591, de 7 de agOsto de 1912, ad. 3~0); e) quanto às ações das sociedades anônimas (Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, arts. 23 e 26)

d) quanto às debêntures (Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 1.~), caso em que a cláusula é obrigatória.

r

b)Permissiva referente à espécie. Exemplos: Lei n. 3.198,de 30 de dezembro de 1916 (Escola de Engenharia de Porto Alegre), Lei n. 3.955, de 24 de dezembro de 1919 (Fluminense Foot-Ball Club>, Lei n. 4.134, de 18 de setembro de 1920 (Jockey Club do Rio de Janeiro).

c)Proibitiva de certas categorias jurídicas ao portador.

Exemplos:quanto a apólices de seguro marítimo (Código Comercial, art. 667, 1); quanto a apólices de seguro de vida (Código Civil, art. 1.447> ; quanto às notas promissórias (Lei n.2.044, de 1908, art. 51, n. 3). Conforme a Circular n. 25, de 27 de maio de 1903 (Ministério da Fazenda), os vales-ouro emitidos para o pagamento dos direitos de importação nas alfândegas não podem conter a cláusula ao portador.

2.FUNDAMENTO DAS PROiBIÇÕES. ~ Por que se proibem emissões de títulos ao portador?

As razões são diferentes e a *posteriori.* porém, tentativas de unificação.

Porque se trataria de moeda convencional, diziam uns (E.F. SOUCRAY e CARL AUGUST GRLTNDLER); prejudicaria o sistema monetário do Estado, entendia F. voN SAVICNY. Que o título de crédito poderia auxiliar a moeda, é de crer-se; mas que a excluisse, parece-nos que não. O bilhete de banco, sim; é instrumento de circulação vasta, vastissima;

vai aonde se permitem a ida e o tráfico da moeda. Os demais titulas ao

portador, impróprios a tal ofício (E.

VILAR!, *Corso di Diritto comerciale,* III, 9), ou aptos, porém, de moda menos útil e eficaz, jamais alcançariam a significação e a carreira vital do papel-moeda ou do ouro. A diferença entre as notas bancárias ao portador e os demais títulos ao podador é de tal ordem que existem para elas regras especiais. A medida do ad. 521 do Código Civil, por exemplo, não lhes seria aplicável, embora de direito comum, como em verdade é. A exceção, bem que não expressa em lei, é irrecusável; porque está na própria natureza do bilhete de banco.

Foi confusão de espíritos pouco analistas que levou à generalização de tal caráter, com o estender a todas os títulos ao portador virtude que só a tem, verdadeiramente, o "dinheiro dos banqueiras", e a utilidade comercial emprestou à cambial.

POs E. VILAR! em têrmos dignos de menção o problema da proIbição de emitir títulos ao portador que tenham por objeto dinheiro. Certo, ninguém ousa lançar notas bancárias, como ninguém pretenderia bater moeda, ou imprimir cédulas, para livre curso. t inegável, porém, que todos os dias se emite uma porção de títulos, realmente ao portador, sem que ninguém retire a sua validade, querida, na verdade, pelo subscritor, já acostumado a usar sem refertas a liberdade de vincular-se.

Após isso, considera, em pergunta acinte, o comercialista italiana <E. VWARt, *Corso di Diritto commerciale,* III, 8: por que o direito deve suscitar dificuldades ou impossibilidade, que só existem nas mentes "piccine e paurose" de alguns ideólogos, se a vida quotidiana o quer usar? As sugestões da vida, ninguém as deve desprezar; nem as há de desatender o legislador, ao fazer a lei, nem o jurista, ao explicá-la. Assim como a boa interpretação tem de ouvir o que ditam as circunstâncias duradouras do corpo social, em todas as zonas de sua matéria compósita (economia, religião, situações políticas>, com maioria de razão ter-se-á de exigir a observância daqueles invisíveis, mas penetrantes ensinamentos que nos trazem as realidades estantes no fundo mesmo da vida jurídica.

Existe vedação expressa, e a lei deve ser respeitada.

O direito anglo-americano permite a cláusula ao portador; já na Alemanha e na França, assim como nos Estados que as imitaram, as leis cambiárias proibem a inserção das dizeres inominativa.

Na Itália, a jurisprudência, desde muito, no silêncio das leis, optou

pela validade do titulo com tal feição. O Brasil proibe, em principio, o titulo ao portador, cuja prestação é quantia certa em dinheiro, e permite a letra de câmbio ao portador e o cheque, bem coma as ações de sociedades.

Que a cártula cambiária inominada não repugna ao sistema francês e ao alemão, coisa é que escusado fOra discutir, pois desde 1200 que dela se têm exemplos a França, ao tempo da Ordenança francesa de 1673, a conheceu, pais o art. 18 a permitiu expressamente. e, antes da. *Weohselordnflng,* na Prússia e em Dessau, era admitida (Preussisehes Landrecht, art. 762; Lei de 1822, art. 2.0, respectivamente). O projeto de KARL EINERT

para a Saxânia (arta. 5.~ e 45), e o de H. TRÔL para eclenibUrgO (art. 8.0) não a excluiam. Defenderam-na 1. C.

BLUNTSCHLI, E. HOFFMANN, ER. LIEBE e outros, na Conferência de Lipsia.

Note-Se, ainda, que foi admitido, pelo grupo alemão, pela Dinamarca (Lei de 18 de maio de 1925, ad. 6.0), pelo Japão (Código Comercial, ad. 449>, além da Itália, a cuja jurisprudência já nos reportamos; no grupo francês, pelo Código egípcio misto (ad. 110, 5) e pela Código indígena (ad. 110, 4).

Os argumentos contra a liberdade de clausular ao podador têm sido tendenciosas.

Por outro lado, os Inglêses e seus seguidores exageram os benefícios do sistema deles. À prática não é indiferente *r*

a questio; mas as vantagens quase se contrabalancelam com os desproveitos, tanto assim que as corporações de banqueiros e comerciantes inglêses, por ocasião de consulta da *Intentatio* na! *Lato ÂssoclGtiOfl,* a propósito das regras de Budapeste. foram scardã em desaprovar a regra 7, que admitia. a cláusula ao-portador.

O dinheiro, “measure of value”, medida de valor, “common denominator”, é o instrumento universal de troca, com que se consegue, mercê de ficção, achar às coisas equivalente uniforme, que lhes dê, na identidade qualitativa, o pretiuni au *anti-moi,* que constituem desigualdades quantitativas. Dai a importância do dinheiro na vida e na progresso das onde não só assoberbam o mundo econômico e jurídico os negócios jurídicos em que o dinheiro é elemento do suporte fáctico das regras jurídicas (compra, locação>, como aqueles em que ~le se apresenta, abstratamente, como objeto

mesmo da relação jurídica, como *„meio* e como *fim:* têm-se, ai, os verdadeiros negócios de dinheiro, os *Geldgeschdf te.*

Nos títulos ao portador, como no dinheiro, convém ter-se em conta o que ele é de *instrumento de valor,* e o que se lhe insinua de *fôrça. patrinwnial* (Vermõgensmacht). Qual se dá com o dinheiro, o titulo não se identifica com o valor, nem se rebaixa à categoria de simples representante de determinada quantidade de bens. A individualidade dele, assim econômica como jurídica, não se lhe pode negar. A proibição do ad. 1.511 do Código Civil deixa bem patente o quanto há nos títulos ao portador de parecido com o dinheiro. No exame científico de suas funções, é de se lhes reconhecer a de figurar, efetivamente, como parte *complementar* do sistema monetário do país (J.E. KUNTZE, *Die Lehre von den Jnha.berpapieren,* 1, 457).

O direito que se tem no título é direito privado; o possuidor (simplesmente), ou o possuidor *legitimo* do titulo de valor , conseqUentemente, ação de direito privado, e dai não se confundir com os títulos ao portador o papel moeda, que não confere nenhuma ação (H. BRUNNn): a obrigação eventual de o converter *(Einlõsungspflieht)* é *obrigação de direito ,* e não *de direito privado.* Nenhuma ação de direito privado tem o podador para a conversão em "ouro": não é titulo de valor; é somente coisa, valor cartalar, ficção de valor, a que o curso forçado impõe, não a autonomia creditória do título ao podador, mas a compleição e o caráter de coisa. Quem perde, por destruição completa, um titulo, pode obter outro. Não assim aquele a quem se queimaram notas do govêrno: ali, o direito tem o papel como elemento enformador, ao passo que, no dinheiro, o direito é nenhum sem o papel (C. KwíEs, *Geld und Credit,* 1, 2.~ ed., 345 5.; II, 197 > dizia que a idéia de que o papel moeda fOsse titulo de valor não só entendia de mais, como abolia o conceito de titulo de valor.

Não se deve, contudo, assimilar ao dinheiro tudo que procede do Estado; *e. g.,* selos de correio , estampilhas, selos de impOsto de consumo. A função deles circunscreve-se a servir de *meto de pagamento d* eterminado e especifico: meros expedientes de arrecadação das rendas públicas, simples títulos fiscais. Tipo intermediário, híbrido mesmo, de entre *papel-moeda* e *titulo de divida,* para o fim especial de integração no pagamento dos impostos que neles se designam, escapam os selos e as estampilhas à maioria das regras de direito comum; porém algumas os atingem, como ao próprio papel-moeda. *Entre dinheiro, notas de banco e demais títulos ao portador, há de comum a questão de posse.*

Só aos títulos de valor se aplicam, em tOda a extensão, as regras

jurídicas do Código Civil. Como, aí, se tem o direito comum, muitos princípios servirão às soluções de questões relativas àqueles papéis, que tenham função pública, como os selos e as estampilhas.

Aos selos e estampilhas falta, sobretudo, a *circulabilidade,* o que lhes dá caráter especial. Isso não importa dizer-se que, se não há *venda* a determinada pessoa, alguns selos não possam até certo ponto circular. Circula a estampilha que A pediu ao seu Banco e foi empregada em recibo por 8, com ou sem a vontade de A.

3.727. Títulos que o Código Civil, art. 1.511, proibe

1.GENERALIDADES. O que o ad. 1.511 do Código Civil proibe são os títulos de dinheiro, *Geldpapiere,* e os títulos de valor em dinheiro, *geldwerte Papiere;* não vai ao extremo de proibir o título ao portador sempre que o objeto seja dinheiro, porque então impediria o *cheque ao portador,* depois de ter o visto, e a *cambial em branco.*

Os exemplos que demos constituem exceção ao princípio da lei civil, que não poderia ser interpretada como derrogativa de lei especial, como é a lei sobre títulos cambiários e cambiariformes. Coisa intermediária entre o papel moeda e o título de crédito, cujo objeto não é o próprio dinheiro, como reconhecem aqueles mesmos que lhé recusam a natureza de obrigação, a *nota de banco* está, no direito brasileiro, subordinada à regra jurídica constitucional do art. 5.o, VIII, da Constituição de 1946, onde se diz que à União compete cunhar e emitir moeda e instituir bancos de emissão. Cf. ad. 65, VI, onde se estatui que compete ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, "autorizar a abertura e operações de crédito e emissões de curso forçado".

Tiram-se dos enunciados duas conclusões: a) à União, e não aos Estados-membros, compete instituir bancos emissores *(a fortiori,* Distrito Federal, Municípios e Territórios > só o Congresso Nacional, e não o Poder *r*

Executivo, pode criá-los e regular a emissão.

2.APÓLICES DAS ENTIDADES ESTADUAIS, INCLUSIVE DO DísTRITO FEDERAL, MUNICIPAIS E

TERRITORIAIS. Vê-se bem que o pensamento do legislador constituinte foi evitar o emitirem-se títulos com poder liberatório. Mas

aí surge uma questão: ~ estão aí incluídas as *apólices* e as *letras do Tesouro* estadual, ou municipal, a que se aponha a cláusula de poderem ser recebidas em pagamento de impostos?

Houve quem pensasse assim e fulminasse de inconstitucionalidade as leis que aqui e nos Estados Unidos da América o permitiram (CARLOS MAXIMILIANO, *Comentário á Constituição Braisileira,* 207).

Em 13 de julho de 1897, o deputado ANFILÓFIO DE CARVALHO, para obviar ao abuso de porem os Estados-membros em circulação apólices de cem mil réis e de duzentos mil réis, apresentou à Câmara dos Deputados um projeto, em que vedava emitirem-se títulos de valor inferior a duzentos mil réis. O projeto foi substituído por outro, devido a visível inconstitucionalidade, .pois nem o pequeno valor imprime circulação similar à da moeda, nem a União poderia criar exceções ao art. 65 da Constituição de 1891: "É facultado aos Estados:

29 Em geral todo e qualquer poder, ou direito que lhes não fôr negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição". A mesma regra jurídica se inseriu na Constituição de 1934, art.

79, IV, na de 1946, art. 18, *§* 1.0: "Aos Estados se reservam todos os podêres que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição".

No ano seguinte converteu-se em lei o nôvo projeto (Decreto n. 561, de 31 de dezembro de 1898), que reproduzimos abaixo, pela incontestável pertinência. Disse o Decreto legislativo n. 561, de 31 de dezembro de 1898, art. 19: "Não poderão ser recebidos como moeda, ou nesta qualidade circular no país, quaisquer títulos de crédito ao podador ou com o nome dêste em branco, que forem emitidos pelos Governos dos Estados ou Municípios, sejam tais títulos apólices ou outros de denominação diferente". Ad. 2.0: "No caso de transgreção , não só serão nulos de pleno direito todos os contratos e atos jurídicos em que os referidos títulos foram empregados como moeda, mas ficarão sujeitos à sanção do ad. 241 do Código Penal [de 1890], os individuos que, como moeda, os empregarem ou os receberem em troca de objetos, valôres ou serviços de . qualquer espécie".

Ad. 3.0: "Os órgãos da justiça federal serão os competentes para aplicação desta lei, guardada a disposição que se segue". Parágrafo único "Quando as questões de competência das justiças dos Estados fOr por estas proferida decisão contrária à aplicação da presente lei, ou decisão favorável à validade ou aplicação de atos ou leis de

Governos locais, que tenham sido contestados com fundamenta nas disposições desta lei, haverá de tais decisões recurso para o Supremo Tribunal Federal (Constituição *[de 1891],* ad. 59, *§* 1.~). Ãrt. 4.0:

"O processo e julgamento dêstes crimes serão regulados pelas mesmas disposições que regem os crimes de moeda falsa". Au. 5.0: "Revogam-se as disposições em contrário". Eis o que dele emanou, pOsto por princípios: são ilegais os títulos que circulem como moeda; os atos em que tais titulas figuraram, como se dinheiro fOra, eivadas seriam de nulidade; as pessoas que atribuiram a qualidade monetária aos referidos títulos, quer em pagamentos, quer em recebimentos ou quaisquer convenções, ficariam sujeitos à regra jurídica do ad. 241 do Código Penal *[de 1890],* isto é, o crime deles seria equiparado ao de "introduzir, dolosamente, na circulação moeda falsa, au papel de crédito público que se receba nas estações públicas, como moeda, sendo falsa; pena: prisão celular por dois a quatro anos, além da perda do titulo".

Posteriormente, a Lei n. 1.785, de 28 de novembro de 1907, revogou os artigos do Código Penal referentes à moeda falsa, inclusive o ad. 241, a que se repodara a lei das emissões estaduais ou municipais; depois, a Lei n.

2.110, de 30 de setembro de 1909, revogou aquela. Mas nenhuma atingiu o texto de 1898, para o qual continuou vigente o ad. 241 com a sua penalidade. Para que uma regra jurídica revogue outra, como contrária, *é* mister que estatua sObre o *mesmo* assunto, e nenhuma das regras jurídicas das Leis de 1907 e 1909 concerne ao crime de empregar como dinheiro títulos de origem estadual ou municipal. (Foi lamentável que os trabalhos de direito penal, por aquele tempo, não incluissem o art. 2.0 do Decreto legislativo n. 661, de 81 de dezembro de 1898, que constituía acréscimo ao Código Penal e não se poderia omitir em qualquer tratado. Façamos justiça à *Consolidação das Leis Penais,* de EUGENIa CUNHA, onde se achavam, sob os ns. 253 e 254,, os referidos arts.

1.0 e 2.0 da Lei n. 561, de 1898.)

Hoje, o Código Penal, além dos arts. 289-291, contém o ad. 292: "Emitir, sem permissão legal" federal, entenda-se "nota, bilhete, ficha, vale ou titulo que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago: Pena de detenção de um a seis meses, ou multa, de dois mil cruzeiros a dez mil cruzeiros". Acrescenta o parágrafo único: "Quem recebe ou utiliza como dinheiro qualquer dos documentos referidos

neste artigo incorre na pena de detenção de quinze dias a três meses, ou multa, de mil cruzéiros a cinco mil cruzeiros

r

Resta-nos examinar a possibilidade de aplicarem-se, com resultados apreciáveis, a lei vedativa e a penal. Na análise teremos de entrar em considerações práticas, a despeito de aparência doutrinária; porém não se tomem por decisões *de Lege ferenda:* o que nos leva à. crítica outra razão não é que conhecer e, talvez disséssemos melhor, perceber no compacto da re-. dação legislativa, o verdadeiro conteúdo da lei e a aproveitabilidade de suas regras.

Ao primeiro lance, ver-se-á que a lei, desde 1898, acreditou demasiado na partícula monetária, liberatória, que têm os títulos de crédito, e temeu de ser o dinheiro sacrificado por eles. Excessivo zêlo da União, pois que as *apólices* e as *letras do Tesouro* estadual ou municipal não poderiam preencher funções de papel moeda, salvo medida especial do Estado-membro, ou Distrito Federal, ou Município, ou Território, que usurpasse atribuições federais de cunhar moeda ou emitir papel de curso forçado, porém, então, não seria o titulo em si o motivo de ilegalidade, ou inconstitucionalidade.

O legislador de 1898 percebeu, todavia, o vago do que estatuiu no ad. 1.0, e prendeu, no ad. 2.0, dar carpo às suas idéias: cominou a pena de nulidade aos atos em que os títulos inquinados entrassem como moeda e considerou crime, análogo, em efeitos, ao do ad. 241 do Código Penal de 1890 o emprêgo deles em soluções de obrigações.

Apesar do esfOrço, não surgiu a realidade, que o legislador procurava. <a Como se saberia que a pessoa usou do titulo como dinheiro, se ele não o é? A compra de uma casa, que se pagasse com apólices estaduais ao podador, deixaria de ser compra-e-venda, para ser troca; à locação, que é outro contrato em que uma das prestações se opera em dinheiro, não repugnaria o pagamento em apólices, ainda que o locatário não quisesse impor-lhes o caráter monetário: faculta-o perfeitamente a liberdade das convenções.

Outra hipótese, que iguala em expressão, é a dos atos divestitivos, como o *pagamento.* O credor só é obrigado, normalmente, a receber em moeda corrente; mas se anui em que e lhe pague, não em papel-moeda, e sim em apólices, ninguém, de consciência, lhe recusaria o ter procedido de acOrdo com os princípios jurídicos que lhe permitem, não só o aceitar *outra* prestação, como até quitar o devedor sem dele

haver coisa nenhuma.

Onde, portanto, a aplicação da lei federal?

A questão, ou questões, parece que se solvem, com o formular de outra: ~qual o fundamento da proibição legal?

Já vimos quanto a circulabilidade possível, a juízo do legislador, dos títulos emitidos pelo Estado-membro, pelo Distrito Federal, pelo Município, ou pelo Território. Compõe-se, assim, razão de fato, e somente quando se der, na realidade, por efeito de especialissimas situações econômicas ou financeiras, teria aplicação a providência tomada pelo Decreto legislativo de 1898. Ao juiz ficaria a mais perigosa das indagações: a dos fatos sociais; pois o art. 2.0 do Decreto legislativo n. 561. de 31 de dezembro de 1898, pressupunha nada menos que fenómeno sociológico de *monetarização* do papel de crédito dos Estados-membros ou Municípios.

Não é anômala, ai, a missão do juiz; em verdade, tem sempre ele o mesmo poder, porque o método que se lhe dá segundo a concepção científica não é só o dedutivo, mas o que se induz dos fatos.

Quanto às apólices em que o Estado, ou o Distrito Federal, ou o Município, ou o Território, se obriga a receber em pagamento de impostos e outras dividas, a lei nio cogitou da espécie, embora fOsse mais própria de seus intuitos.

Ainda que dela houvesse tratado, teríamos em aberto a controvérsia de direito constitucional. Ficou dito que alguns escritores, à imitação de constitucionalistas norte-americanos, condenam os títulos de divida pública em que se fazem aquelas declarações; porém desde já ponhamos em devidos térmos o problema: ao receber em pagamento o próprio título de divida constitui atribuição de caráter monetário? a O Estado, o Distrito Federal, o Município, ou o Território, que assim procede cria espécie intermediária entre o dinheiro e a apólice ou a letra?

Ao primeiro exame, crê-se que sim: emitir tais apólices, ou letras do Tesouro local, atenta contra o direito; que só a União tem, de bater moeda; não só motivos jurídicos, como também políticos e econômicos, sustentam a nulidade dos referidos documentos e a criminalidade mesma dos emissores, transferentes e recebedores.

Porém nada disso é real. Qualquer pessoa que se obriga pode estipular que o credor compense com o seu crédito as dividas que porventura tiver ao tempo do vencimento. Mesmo se o não estipula, o titulo ao

podador não obsta a compensação com o exibidor. A regra geral de incompensabilidade em relação às pessoas jurídicas de direito público não seria imperativa, mas *in dispositivum,* salvo se a Constituição lho proibisse (o que Seria outra questão, e não a que nos interessa, presentemente).~

É o próprio Código Civil que nos dá a solução, em prol da boa doutrina (art. 1.017) : "As dívidas fiscais da União, dos Estados e dos Municípios também não podem ser objéto de compensação, exceto nos casos de encontro entre a administração e o devedor, autorizados nas leis e regulamentos". Se até em tais circunstâncias se abre a exceção à. *incompensabilidade das dividas fiscais,* a que muito é que os Estados-membros, o Distrito Federal, os Municípios e os Territórios se obriguem,por leis ou regulamentos, a receber os impostos e mais dividas em apólices de sua emissão, ou os cupões vencidos?

r

3.LETRAS DO TESOURO LOCAL. Quanto às letras do Tesouro, sabido é que se regem pelo direito cambiário conum, onde se considera matéria de defesa a compensação, e o único empecilho seria o ad. 1.017 do Código Civil, porém a lei ou regulamento que excetue a incompensabilidade das dividas fiscais afastaria o obstáculo. Em suma: sObre inconseqUente, a negação aos Estados-membros, ao Distrito Federal, aos Municipios e aos Territórios, de se obrigarem a receber, pelos impostos e mais dividas ativas, os próprios títulos cede à evidência de se tratar de simples fenômeno jurídico de compensação. A lei ou regulamento, que assim estabelece, produz, nas espécies que abrange, a própria autorização referida no ad. 1.017 do Código Civil.

A compensação é matéria de direito comum, e o que a lei quis proibir foi a usurpação das funções do papel-moeda, que não são apenas as de *meio circulante,* mas, e caracteristicamente, as de *meio de pagamento* (W.

LExís, Papiergeld, *Handwiirterbuck der Staatswissenschaften,* VI, 15 e 16). Cumpre, porém, observar-se que W.

LExís considerou o papel-moeda ora *espécie* e ora *gênero,* e deu ao dinheiro, a que chamamos papel-

-moeda, o nome de papel-moeda de curso forçado *(mit Zwangskurs gegen jedermann),* o que equivale a se dizer

“curso forçado”, valor liberatório, irrecusabilidade interna pelo quanto declarado. É essa propriedade que só a União pode atribuir a papéis ou títulos, por fOrça na Constituição de 1946, arts 5.c. VIII, e 65, VI, 2.8 parte.

4. SELOS E ESTAMPILHAS. A pessoa que usa dos selos ou estampilhas estaduais ou municipais como dinheiro, moeda, fica sujeita à lei penal, porque insufla no papel ao portador circulabilidade que preenche os requisitos da criminalidade prevista pela União. Selos são títulos de divida destinados a aplicação especial, e impor-lhes o tráfico importaria atribuir-lhes função monetária. Os próprios selos e estampilhas federais normalmente não podem circular, porque lhes impõem ass transferibilidade Influia em extensão.

O uiz deve ter a máxima prudência em caracterizar o crime a que aludimos: muitas vezes o ato é apenas infração da lei local sObre os selos ou estampilhas, e não atribuição deliberada de valor monetário ao papel do Estado ou do Município. Onde o ato não constitui substituição da moeda nacional, seria injusto aplicar a lei vedativa e penal de 1898.

Já o Decreto n. 3.564, de 22 de janeiro de 1900, ad. 68, estabeleceu a sanção de perda do valor das estampilhas encontradas em poder de pessoa que não estivesse munida de *autorização* do Ministro da Fazenda, dos Inspetores de Alfândegas e dos Delegados Fiscais, mais a multa, duplicada em caso de reincidência. O Decreto n. 11.951, de 16 de fevereiro de 1916, art. 47, estatuiu que ninguém pode “vender ou ceder por qualquer forma” as estampilhas adquiridas, “salvo quando se tratar de venda ou transferência de estalecimento comercial ou industrial”. No art.

48, há a sanção da perda das estampilhas adquiridas sem “procedência legal” justificada.

De ordinário, os selos têm forma e côr que designa o seu emprêgo especial.

§ 3.728. Problemas que o art1.511 do Código Civil suscita

1.ANTECEDENTES DA REGRA JURÍDICA GERAL. Desde muito, no direito alemão, as obrigações emitidas no interior do pais e nas quais se prometia o pagamento de soma determinada, não podiam ser postas em circulação sem autorização do Estado. A permissão era dada pela

autoridade central do Estado-membro, sObre cujo território o emissor tinha seu domicilio ou seu estabelecimento industrial; a concessão e as condições, a que se sujeitava, deviam ser publicadas no jornal oficial do Império. Obrigação ao portador, que se pusesse em circulação sem que precedesse a autorização, seria nula *(nichtig) ;* e o subscritor devia indenizar o portador dos prejuízos, que a emissão lhe causasse. Só duas exceções se abriam: as obrigações que fOssem emitidas pelo pais e as que o fossem por um dos Estados--membros, federados (Código Civil alemão, *§* 795; H. DEawnuaa, *Das Elirgerliche Recht,* II, 383 s.).

2. CÓDIGO CIVIL. 1.511. Mais do que a regra legal, é útil na interpretação ao art 1.511 do Código Civil a doutrina alemã, que pôs por princípios auxiliares vários princípios gerais de direito e com sabedoria resolveu questões que derivam do texto.

Antes que tudo, é de notar-se: a) A regra do ad. 1.511 do Código Civil tem por fito, de preferência, as *emissões em massa,* que tenham por objeto pagamento em dinheiro; mas a emissão de um título constitui infração e dela decorrem tOdas as consequências legais. *b)* As obrigações contraídas pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal, pelos Municípios, ou pelos Territórios, podem ser ao podador; pois que o parágrafo único do art. 1.511, que mantém a tradição do direito brasileiro, excetuou o princípio geral. *c)* O ad. 1.511 alcança quaisquer emissões feitas no Brasil, isto é, em qualquer parte de seu território e águas; não atinge as que se fizerem no exterior, salvo se lhe atribuírem circulabilidade no Brasil. À filial de um banco brasileiro em Londres que emite papéis ao portador, com a promessa de dinheiro, não se aplica a regra jurídica legal, ainda que se negociem no Brasil (H.

r

DERNEURG, *Dar Biirgerliche Recht,* II, 385). *aQuid juris,* se o lugar do pagamento é no Brasil, ou, à escolha, em qualquer agência? No primeiro caso, a nota teve por fim iludir a lei brasileira, e é nula, por fraude à lei; no segundo, o juiz examinará se, com a emissão, ao ser feita, pretendeu o banco, sociedade ou particular costear a vedação do direito brasileiro. Cogita-se, em verdade, do domicilio do devedor; mas o pagamento constitui fato importante na vida dos títulos ao podador, e, ainda em se dando de barato que aplicável fOsse, extraterritorialmente, a lei estrangeira, essa teria de ceder às regras jurídicas internas de direito público ou de ordem pública. O titulo, em que se acha o intuito de iludir a lei, viola a lei, não só civil como

penal. Há *traus legis.*

Proibidos pelo art. 1.511 do Código Civil os títulos, em que o signatário, ou emissor, se obrigue, sem autorização de lei federal, a pagar ao portador quantia certa em dinheiro, fica circunscrito o terreno em que incidem os arts.

1.505 e seguintes do Código Civil: primeiro, porque a cambial ao portador regula-se, de regra, pela lei cambiária, e só no silêncio daquela se rege pela lei civil, que é o direito comum; segundo, porque a lei federal que autoriza emissões, dispõe sObre a matéria. E assim deve ser, não porque se sujeite a nota de banco e se tenha de sujeitar a algumas regras jurídicas especiais, mas porque convém que o legislador organize, com a máxima justeza e eficiência, a vigilância do Estado, o *curatório do banco* (Bank-Kuratorium), e não só o *velamento.*

8.EMISSÕES BANCÁRIAS DE MOEDA. A Lei n. 4.182, de 13 de novembro de 1020, criou, pelo art. 9.o, no Banco do Brasil, a Cadeira de Emissão e Redesconto. Aliás,, já a Lei n. 3.644, de 81 de dezembro de 1918 (lei de receita para 1919), autorizara o Govêrno a acordar com o Banco do Brasil tal criação, não tendo ele utilizado isso.

Não é aqui o lugar para censurarmos a medida em suas causas remotas, em sua política, cientificamente lamentável, de reduzir as finanças do país a problema bancário, a pequeno grupo de banqueiros sem qualquer plano ou educação de finanças públicas, mal maior dos descalabros, que começaram por esse tempo e levaram a ódios manifestados na revolução de 1980. Além do êrro gravíssimo da duplicidade de moeda, condenada em qualquer livrinho de economia política, o regime de emissão, assoberbando excessivos favores concedidos àquele Banco, aumentar-lhe-ia, como aumentou, o seu papel parasitário de Estado no Estado. O que interessava à mentalidade bancária, dominante nas finanças do Brasil republicano, contra os verdadeiros interesses da nação, com seus problemas de distribuição das terras, circulação dos produtos e valorização do homem, era a hipertrofia dos negócios de banco, principalmente os negócios *de caráter reservado.*

A Lei n. 4.182 também criara Conselho de Administração para a Carteira. Medida, indiscutivelmente, boa, por consultar dado psicológico do país, e excluir o personalismo nas deliberações concernentes a negócios públicos, O presidente do Banco do Brasil *(J.* M. WHITAKER, *Retrospecto da administração do Banco do Brasil no período de 20 de dezembro de 1920 a 15 de novembro de 1922,* 5 s.)

insurgiu-se contra o Conselho, que “fazia depender de deliberação conjunta operações de caráter reservado e solução urgente”. Em democracia, tais operações são os meios para se ter *oligarquia capitalistica,* em vez de *democracia.*

Por isso mesmo, a lei de receita para 1921 acudiu aos propósitos bancários.

Começou, então, o desenvolvimento de ilusão financeira:

nos índices de crescimento e propriedade do Banco do Brasil liam-se o crescimento e a prosperidade do país, que, em verdade, com a política bancária e desatento aos problemas nacionais, comprometia os próprios destinos.

Temos de historiar os passos, que desde aquele momento se deram, para o regime emissionista. A 11 de dezembro de 1920, o Banco do Brasil assinou contrato com o Govêrno para a organização e funcionamento da Carteira de Emissão e Redesconto. Após a Lei n. 4.230, de 31 de dezembro de 1920, nôvo contrato *foi* feito a 14 de janeiro de 1921. (O Decreto ii. 14.687, de 28 de fevereiro de 1921, corrigiu a publicação do art. 50 da Lei n. 4.280, de 81 de dezembro de 1920.)

O regulamento para o serviço da nova Carteira foi expedido pelo Decreto n. 14.685, de 21 de janeiro de 1921. t interessante notar-se a técnica, que se adotara. Para os redescontos do Banco do Brasil, fornecia o dinheiro o Tesouro Nacional, que, então, a pedido do Banco, mas com a sua só responsabilidade, emitiria. Note-se bem: o Banco tinha o papel de Banco Emissor, sem nenhum dos inconvenientes dos bancos emissores. Para se justificar tal política, que destoava, abertamente, do próprio adjetivo *nacional,* criou-se originalíssima noção de empréstimo. Originalíssima, dissemos, porque os juros, por si sós, „mostravam que se tratava de régio presente ao Banco, e não de medida de finanças nacionais. Era preciso que se tirasse ao flanco qualquer responsabilidade nas emissões, das quais ele, e só ele, se aproveitava. A noção de empréstimo servia a isso. Contudo, quem diz empréstimo diz juros. E pagar juros, bem que o dinheiro fornecido fosse para operações imediatas, não convinha ao Banco. A solução, que se apresentou, foi inteiramente coerente com os propósitos particularistas, absorventes, da mentalidade bancária.

Os juros, resolveu a Lei n. 4.280, de 1920, art. 50, inciso 3, sugerida pelo presidente do Banco, seriam de .2 % ao ano. Entre as duas partes, uma havia, a cujos interesses não se consultava: a nação.

E assim deve ser, não porque se sujeite a nota de banco e se tenha de sujeitar a algumas regras juridicas especiais, mas porque convém que o legislador organize, com a máxima justeza e eficiência, a vigilância do Estado, o *curatório* do *banco* (Bank-Kuratorium), e não só o *velamento.*

3.EMISSÕES BANCÁRIAS DE MOEDA. A Lei n. 4.182, de 13 de novembro de 1920, criou, pelo art. 99, no Banco do Brasil, a Carteira de Emissão e Redesconto. Aliás,, já a Lei ri. 8.644, de 81 de dezembro de 1918 (lei de receita para 1919), autorizara o Govêrno a acordar com o Banco do Brasil tal criação, não tendo ele utilizado isso.

Não é aqui o lugar para censurarmos a medida em suas causas remotas, em sua política, cientificamente lamentável, de reduzir as finanças do país a problema bancário, a pequeno grupo de banqueiros sem qualquer plano ou educação de finanças públicas, mal maior dos descalabros, que começaram por esse tempo e levaram a adies manifestados na revolução de 1930. Além do êrro gravíssimo da duplicidade de moeda, condenada em qualquer livrinho de economia política, o regime de emissão , assoberbando excessivos favores concedidos àquele Banco, aumentar-lhei-a como aumentou, o seu papel parasitírio de Estado no Estado. O que interessava à mentalidade bancária, dominante nas finanças do Brasil republicano, contra os verdadeiros interesses da nação, com seus problemas de distribuição das terras, circulação dos produtos e valorização do homem, era a hiperfrofia dos negócios de banco, principalmente os negócios de *caráter reservado* A Lei ii 4.182 também criara Conselho de Adminístração para a Carteira. Medida, indiscutivelmente boa, por consultar dado psicológico do pais, e excluir o personalismo nas deliberações concernentes a negócios públicas, O presidente do Banco do Brasil (J. 1%!. WHITAKER, Retrospecto *da administração do Banco do Brasil no período de 20 de dezembro de 1920 a 15 de novembro de 1929, 5* s.) insurgiu-se contra o Conselho, que fazia depender de deliberação conjunta operaçdes de caráter reservado e solução urgente". Em democracia, tais operações são os meios para se ter *oligarquia capitalistica,* em vez de *democracia.*

Por isso mesmo, a lei de receita para 1921 acudiu aos propósitos bancários.

Começou, então, o desenvolvimento de ilusão financeira:

nos índices de crescimento e propriedade do Banco do Brasil liam-se o crescimento e a prosperidade do país, que, em verdade, com a política bancária e desatento aos problemas nacionais, comprometia os próprios destinos.

Temos de historiar os passos, que desde aquele momento sé deram, para o regime emissionista. A 11 de dezembro de 1920, o Banco do Brasil assinou contrato com o Govérno para a organização e funcionamento da Carteira de Emissão e Redesconto. Apos a Lei n. 4.230, de 31 de dezembro de 1920, nôvo contrato foi feito a 14 de janeiro de 1921. <O Decreto n. 14.687, de 23 de fevereiro de 1921, corrigiu a publicação do art. 50 da Lei n. 4.280, de 81 de dezembro de 1920.)

O regulamento para o serviço da nova Carteira foi expedido pelo Decreto n. 14.685, de 21 de janeiro de 1921. ~

interessante notar-se a técnica, que se adotara. Para os redescontos do Banco do Brasil, fornecia o dinheiro o Tesouro Nacional, que, então , a pedido do Banco, mas com a sua só responsabilidade , emitiria. Note-se bem: o Banco tinha o papel de Banco Emissor, sem nenhum dos inconvenientes dos bancos emissores. Para se justificar tal política, que destoava, abertamente, do próprio adjetivo *nacional ,* criou-se originalíssirna noção de empréstimo. Originalíssima, dissemos, porque os juros, por si sós, mostravam que se tratava de régio presente ao Banco, e não de medida de finanças nacionais. Era preciso que se tirasse ao Banco qualquer responsabilidade nas emissões, das quais ele , e só ele, se aproveitava. A noção de empréstimo servia a isso. Contudo, quem diz empréstimo diz juros. E pagar juros, bem que o dinheiro fornecido fosse para operações imediatas, não convinha ao Banco. A solução, que se apresentou, foi inteiramente coerente com os propósitos partícularistas, absorventes, da mentalidade bancária.

Os juros, resolveu a Lei n. 4.280, de 1920, art. 50, inciso 3, sugerida pelo presidente do Banco, seriam de .2 % ao ano. Entre as duas partes, uma havia, a cujos interesses não se consultava: a nação . A juros tão módicos, em épocas em que o Brasil assumia dívidas a juros altíssimos, compreende-se que cedo se tenha achado pouco o limite de cem mil contos, e que se tenha passado a duzentos mil contos. Até setembro de 1922, os redescontos atingiram a mais de novecentos e quinze mil contos.

Que isso não podia continuar, que a política exclusivamente bancária inaugurada em 1921 tinha de ter um fim, mostraram os fatos, O Govêrno teve de extinguir a tal Carteira, pela Lei n. 4.635-A, de 8 de

janeiro de 1923, art.

19, pelo contrato entre o Banco e o Tesouro, celebrado a 24 de abril de 1923. Diz-se que a prosperidade do Banco do Brasil chegara ao auge *(J.* X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial,* VI, 147). Nem podia deixar de ser. Nunca houvera tanta audácia em se passarem a um Banco interesses de uma nação, e por processo aritmético de casa de prego:

tomar a uma taxa e emprestar a maior. E a que taxa se tomava? A uma taxa inacreditável: 2 % ao ano.

Depois disso, que restava ao banco do Brasil? Restava-lhe inverter a sua situação em relação ao Estado. ~O

r

parasito passava a apontar, energicamente , o Estado como parasito! Di-lo o próprio *Retrospecto* de M.

WHITAKER: "Em menos de dois anos, o banco do Brasil aumentou de cinco vezes a totalidade dos seus recursos; liquidou todos os prejuízos anteriores; distribuiu avultados dividendos". Noutro lugar do mesmo *Retrospecto:* "O Banco do Brasil foi sempre um pensionista contumaz e exigente do Tesouro. Essa situação está felizmente invertida, tornando-se agora necessário proteger o Banco contra o Govêrno, ao contrário do que sempre sucedera". Para essa formidável prosperidade o Govêrno emitira. ~ E quanto lucrara, dos tais juros, o Govêrno? Dois mil quatrocentos e quarenta e nove contos duzentos e cinco mil oitocentos e vinte réis. E o Banco não pagava telegramas nem selos.

Felizmente, já no fim dessa época de pujança para o Banco do Brasil e cuja calamidade para o Brasil o historiador futuro apreciará, não se levou a cabo a Carteira Agrícola, que sob a administração de 1921-1922 se criara, para emitir letras hipotecárias. ~Onde o dinheiro para isso? As letras seriam emitidas pelo Banco do Brasil, e o Govêrno emitiria quatrocentos mil contos cm apólices da divida pública.

/,~

A Lei n. 4.635-A, de 8 de janeiro de 1923, tentou transformar em emissor o Banco do Brasil. Para isso foram transferidos a ele dez milhões esterlinos do estoque-ouro do fundo de garantia do papel-moeda, pelo preço de trezentos mil contos de réis papel. Lei tão grave, não se imprimira, sequer, para qué a lessem os senadores. O

Banco do Brasil *prometia* resgatar o papel-moeda, e o pagamento dos trezentos mil contos seria dn conta da divida do Tesouro.

A faculdade emissora do Banco do Brasil cessou em virtude da LeI n. 5.108, de 18 de dezembro de 1926. Tivera ele, pela Lei n. 4.635-A, de 8 de janeiro de 1923, e o Ajuste de 24 de abril do mesmo ano, o pleno poder de emitir.

As notas eram dotadas de curso legal e poder liberatório em tôda a República, conversíveis, em ouro e à vista, à taxa de doze dinheiros por mil réis, desde que concorressem, simultâneas , três circunstâncias: a) câmbio a taxa-mínima de doze dinheiros durante três anos sucessivos sem interrupção; lO reservas ouro (estoque -ouro) do Banco do Brasil correspondentes a 60 % do valor da emissão de notas; *c)* decreto"do Govêrno Federal declarando permitirem as condições econômicas do pais o regime da conversibilidade, após o inquérito econômico que o justificasse a juízo do mesmo Govêrno. Tudo isso, tirante retórica, significava: O Banco do Brasil, Estado dentro do Estado, com emissão de *curso forçado.* Quer dizer: converteria quando quisesse, porquanto estava nas suas mãos excluir, não só uma, como todas as condições simultâneas para a conversão. O desastre era inevitável, e desastres, nas relações entre o Banco do Brasil e a Nação, importam sempre desastre somente para a Nação.

§ 3.729. Bilhetes de loteria e outros bilhetes de jôgo

1. DADOS CONCEPTUAIS. Incluem-se na proibição os bilhetes de loteria, porque também esses somente correm e têm valor jurídico se autorizadas por lei as emissões ou a emissão (Lei n. 2.321, de 30 de dezembro de 1910, art. 31, *§* 99; Decreto-lei n. 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, art. 3.~: "A concessão ou exploração lotérica, como derrogação das normas do direito penal que proibe jogos de azar, emanará sempre da União, por autorização direta quanto à Loteria Federal, ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais": e art. *49:* "Somente a União e os Estados poderio explorar ou conceder serviço de loteria, vedada àquela e a êstes mais de uma exploração ou concessão lotérica".

Loterias são jogos de azar entre muitos e um só, mediante determinado plano, pelo qual a tirada de uma ficha, ou a aparição de um número, ou, ainda, qualquer outro meio semelhante de sortear, decide sobre a perda do jogador correspondente, ou de seu ganho (M. VON HECKEL, Lotterie und Lotteriebesteuerung, *Handwórterbuch der Staa.tswissenschaften,* V, 638). A loteria foi objeto de várias indagações jurídicas, e dela muito se ocuparam, na Alemanha, J. EX BENDER, F. ENDEMANN,F.MARCINOWSKI, G. SCHANz, M. VON HECKEL e outros; na Áustria, SIEGHART, L. GUMPLOWICZ e outros; na Itália, entre outros, PETIT DE Roan"o; em França, DURAND DE ST. ANDRÉ, TRANCHANT; em Espanha, PIERNAS HURTADO. Pelo contrato de loteria (bilhete nominativo), obriga-se o empreendedor do jogo, perante grande número de contraentes, que de seu lado lhe pagam soma em dinheiro, ou outro valor, a prestar ao vencedor no sorteio prêmio a que o legitima o bilhete nominativo suscetível de se reger pelas regras jurídicas concernentes aos títulos nominativos. Supõem-se transferiveis. Sempre que nos referimos à loteria, tratamos somente do bilhete ao portador, que é hoje quase o único usado, sem os caracteres do *contrato de loteria,* pois constitui a figura do título ao portador.

2.OBJETO E LOTERIA. A loteria pode ter por objeto, considerado, como tal, o prêmio: dinheiro, mercadorias, *r*

serviços. Não se deve, porém, levar o conceito a amplitudes demasiadas: a loteria não se confunde com o sorteio, que é processo comum às loterias e a outros negócios, como sejam: escolha de acionistas, quando a subscrição foi excessiva (os prospectos de subscrição pública para as sociedades anônimas podem preestabelecer o sorteio para exclusão ou inclusão de subscritores); sorteio para

dirimir questões, ou dividir coisas comuns, que se tem por sistema de partilha (Código Civil, art. 1.480), ou processo de desempate.

3.PERMISSÃO LEGAL DE LOTERIAS. A permissão das loterias é medida de exceção e, conquanto prorrogável, a título provisório. É o que deriva claramente das regras legais, em que se estabelecem prazos aos contratos (Lei n. 2.321, de 30 de dezembro de 1910, art. 31, 79: "A proibição de venda de bilhetes de loterias estaduais só se tornará efetiva quando ficarem extintas „as loterias federais, continuando até então em vigor a legislação fiscal vigente"; Decretos n. 8.597, de 8 de março de 1911, arta. 28 a 30, e n. 5.107, de 9 de janeiro de 1904, arts. 12 a 20; Decreto-lei n. 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, arta. 8.0 e 49).

Fruto do século XVI, no ano de 1530, em Florença, a moderna loteria de dinheiro, constitui especulação imoral, pois que explora a ambição dos pequenos e necessitados (L. GUMPLOwlcz, *Des Osterreichische Staatsrecht,* 327: "Das Lotto ist eine Speculation auf eine allgemein verbreitete menschliche Schwãche, allerdings auf eine schwer ausrottbare"), a quem ostenta, impudicas, as possibilidades de riqueza e libertação pecuniária, mediante pequenas quantias, que lhe facilitam a perniciosa insinuação nas classes sofredoras. A permissão pelo Estado, que acoberta a imoralidade com a tôrpe associação de idéias de caridade e zêlo públicos, revela dois fatos terriveis da modernidade: a cumplicidade no dilapidar as classes desfavorecidas da fortuna e a hipocrisia do Estado.

As loterias só circulam, validamente , se houve autorização legislativa. Constitui *jOgo proibido* a loteria ou rifa de qualquer espécie não autorizada em lei, e considera-se *loteria* ou *rifa:* a > qualquer operação, sob qualquer denominação, em que se faça depender da sorte, qualquer que seja o processo, a obtenção de prêmio em dinheiro, ou em outros bens móveis, ou em bens imóveis; 19 a venda de bens, mercadorias ou objetos de qualquer natureza, por meio de sorte, qualquer que seja o processo,aínda que, por sucessivas extrações, todos os jogadores, mediante pagamentos totais ou parciais, possam receber idêntico ou diverso prêmio. Entre os processos de sorteio referidos em a) estio compreendidos os simbolos, as figuras e as vistas cinematagráficas; e também é proibida qualquer loteria ou rifa que corra anexa a outra loteria autorizada.

Não se compreendem na proibição as operações praticadas para resgate dos títulos de companhias que funcionarem Re acOrdo com a lei, nem para cumprimento anual ou semestral de obrigações pelas

mesmas contraídas. Todo lugar em que é permitido o acesso a qualquer pessoa, mediante pagamento de entrada ou sem ele, para o fim do jôgo, é considerado lugar freqüentado pelo público para o efeito da lei penal. AI se compreendem as empresas e agências de loterias que tenham autorização, as casas comerciais, as de espetáculos e diversões, que, sob qualquer pretexto, explorarem jogos de azar, loterias ou rifas.

4.Jogos DE AZAR, FORA DAS LOTERIAS. Jogos de azar são aqueles em que o ganho e a perda dependem principalmente da sorte. O advérbio não exclui dos jogos de azar aqueles em que se combinam indústria e sorte, mas cujo elemento decisivo é esse: *in quo fortuna inagis, quam ars, et ingeniunt. doininolur* (MELO FREIRE, *Institutiones,* IV, 40). Ficam incólumes a penalidade aqueles em que, de ordinário, constitui elemento predominante o aperfeiçoamento, a destreza, a qualidade funcional, como as apostas de corrida a pé ou a cavalo, ou outras semelhantes, que, juntas aos esportes e às justas de agilidade ou fôrça, como que se dignificam e se alimpam da ordinária imoralidade. A natação, o tênis, o futebol, o tiro, o bilhar e tantíssimos outros servem de exemplo.

Os bilhetes ao portador, se o objeto deles é o jôgo ilegal, isto é, se a álea existe e infringe a lei, não têm nenhuma existência jurídica. Ainda que provem a compra, nenhum direito tem o jogador que acertou ou ganhou. Nem a novação da dívida vale; a objeção de jôgo tudo afasta. A natureza criminal da dívida contamina tudo em que se insufla; corrói quanto se lhe sucede: a ratificação não opera; é impossível o reconhecimento; a~ compensação não se dá; a transação é nula. A eiva concerne à própria finalidade: o empréstimo feito por um jogador a outro, para que jogue, é divida de jôgo, portanto inacionável (Código Civil, arts. 1.477 e 1.478).

Todavia, se o título ao portador, que emana de negócio de jôgo, mas que se não exterioriza no papel, nem pode ser suspeitado pelos possuidores sucessivos, não tem contra si *c>* ser, *formalmente,* loteria ou rifa não autorizada, existe, juridicamente, na conformidade de seu teor, porque, se nulos são os principais contratos que encubram ou envolvam reconhecimento, novação ou fiança de dívidas de jôgo, a nulidade resultante não pode ser opostá ao terceiro de boa fé (Código Civil, art. 1.477, parágrafo único).

Quem emitiu bilhete de loteria ou rifa, ou qualquer ficha ou cartão representativo de jôgo, e, sorteado, o pagou, algo deu em soluto, não pode repetir o que voluntAriamente prestou ao apresentante: *quun*

dantis et aceipientis r

turpido versat~r, cessat repetitio. A lei abre, porém, duas exceções: a) se a quantia foi ganha por dolo; *b)* se o perdente é menor, ou interdito (Código Civil, art. 1.477). No primeiro caso, porque se não há de premiar, ainda nos atos ilícitos bilaterais, o crime ou a má fé de um dos figurantes; no segundo, porque a incapacidade é de ordem pública, e não se deve iludir a lei ainda na repressão de atos ilícitos.

§ 3.730. A Lei n.177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 3.o, e as legislações especiais 1.A LEI N. 177-A, DE 15 DE SETEMBRO DE 1898, E O CÓ DIGO CIVIL. O art. 1.511 não revogou o art. 39

da Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1898. Dizia-se no art. 3.0: "Nenhuma sociedade ou empresa de qualquer natureza, nenhum comerciante ou indivíduo de qualquer condição, poderá emitir, sem autorização do poder legislativo, notas, bilhetes, fichas, vales, papel ou título, contendo promessa de pagamento em dinheiro ao portador, ou com o nome dêste em branco, sob pena de multa do quádruplo de seu valor e de prisão simples por quatro a oito meses. A pena de prisão só recai sobre o emissor e a de multa, tanto sobre êste, como sobre o portador". No *§* 1.0:

"Incorrem na mesma penalidade os administradores das sociedades que emitirem títulos de obrigação *(debéntures)* ao portador sem os requisitos da presente lei". No *§* 29: "O disposto neste artigo não compreende os recibos e mandatos ao portador, passados para serem pagos na mesma praça, em virtude de contas correntes, contantio que sejam de quantia inferior a 1003000. Tais recibos e mandatos deverão, todavia, ser apresentados no prazo de três dias, contados das respectivas datas, sob pena de perder o portador o direito regressivo contra o passado?".

As regras jurídicas sofreram várias alterações, em virtude da Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, arts. 1.0, IV.

8.0, 54, III, e 56, da Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, art. 1.~, pr., e *§* 19, e art. 39, e da Lei n. 2.841, de 31 de dezembro de 1918, art. 75; a primeira permitiu a cambial em branco, a letra de câmbio ao portador, a letra de câmbio e a nota promissória, endossadas em branco; e a segunda permitiu o cheque sem limitação de valor; a terceira aumentou o prazo de apresentação. A Lei n. 2.841 só se referiu ao ano de 1914, mas veio legislação posterior.

Devíamos, portanto, restaurar as regras jurídicas, tal como se haviam

de entender: “Nenhuma sociedade ou empresa de qualquer natureza, nenhum comerciante, ou indivíduo de qualquer condição, poderá emitir sem autorização do Poder Legislativo, notas, bilhetes, fichas, vales, papel ou título, contendo promessa de pagamento em dinheiro, aa portador, ou com o nome dêste em branco, sob pena de multa do quádruplo de seu valor e prisão simples por quatro a oito meses. A pena só recai sobre o emissor e a de multa tanto sobre esse como sobre o portador. Incorrem na mesma penalidade os administradores das sociedades que emitirem título de obrigação (debêntures) ao portador sem os requisitos do Decreto legislativo n. 177-A; de 15 de setembro de 1898. O

disposto no artigo não compreende as letras de câmbio e notas promissórias incompletas, as letras de câmbio ao portador, as endossadas em branco e as notas promissórias endossadas em branco, os recibos e legitimações ao portador, em virtude de contas correntes bancárias, saldo exigível de contas correntes contratuais, ou soma proveniente de abertura de crédito”. Também na *Consolidação das Leis Penai.s* de EUGÉNIO DA CUNHA se encontra reprodução, alterada, da lei; mas escapara ao autor a cambial em branco ou incompleta.

Dai se conclui:

a)Que a parte penal do art.. 3~0 e seus parágrafos não podia ser excluída de vigor pela lei civil.

b) Que, na parte civil, o art. 39 e seus parágrafos foram elementos preciosos de interpretação do art. 1.511, que se refere a títulos em que o *signatário* se obrigue, sem autorização de lei federal, a pagar ao portador quantia certa em dinheiro, de modo que ficassem incólumes à proibição legal os *recibos* e *mandatos ao portador,* nos quais, de regra, não é o prontente quem assina. O signatário dá ao portador *papel de legitimação* e nada mais. A situação de quem os tem em seu poder é simplesmente a de mandatário, ou de servidor da posse, qualídade que se lhe presume.

(A expressão “mandato de pagamento, que aparece na Lei n. 177-A, art. 3□0, *§* 2.0, não está no sentido estrito, em que poderia ser empregada, nem no sentido técnico. Não se refere somente aos papéis ao portador em que o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, entre o sacador e o sacado, é o mandato.) e) Que há, no art. 3□0, *§* 2.0, cláusula que se não concilia com o Código Civil, “contanto que sejam de quantia superior a 100$000”; mas é de notar-se: *recibos* e *mandatos ao port ad ar* também foram as palavras pelas quais a lei brasileira designava os *cheques* (Lei n. 1.083, de 22 de

agôsto de 1860, art. 1.0, *§* 10: ..... não compreende os recibos e mandatos ao portador.. .“; Decretou. 2.694, de 17 de novembro de 1860, art. 1.0 parágrafo único, inciso *r*

2.0; Decreto n. 3.328, de 22 de outubro de 1864, arts. 2.0 e 3.0), e a Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, derrogou a regra jurídica de 1898.

Quando o papel legitimante de prestação pecuniária não tem os requisitos internos e externos do cheque, aplicável é a lei penal.

2.CHEQUES. Para que o saque se revista, no Brasil, das qualidades de cheque, faz-se mister que contenha a) a denominação cheque ou outra equivalente, se fôr escrito em língua estrangeira; *b)* a indicação, em cifra, ou por extenso da soma a pagar; *e) a* data, compreensiva do lugar, dia, mês e ano da emissão, exarada a do mês por extenso; *d) a* assinatura do emitente; *e)* o nome da firma social ou pessoa que deve pagar; *f)* a indicação do lugar onde o pagamento deve ser feito. Na falta da indicação; presume-se que a ordem foi passada no lugar onde o pagamento deve ser feito (Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, art. 2.0; Decreto n. 22.393, de 25 de janeiro de 1988, art. único).

São requisitos internos: a) que haja fundos disponíveis pelo sacador em poder do sacado (art. 19 e *§§* 1.0 e 2.0), isto é: importâncias constantes de conta corrente bancária; saldo exigível de conta corrente comercial; soma proveniente de abertura de crédito; fica, todavia, dependente de anuência do devedor a emissão da ordem nos dois últimos casos; à) que o sacado seja banco ou comerciante (art. 1.0).

O art. 1.0, *§* 1.Õ, o), referente à soma proveniente de~ abertura de crédito, vejo dar razão a PAULo DE

LACEIWA *(Do Contrato de abertura de crédito,* 165), contra INGLÉS DE SOUSA *(Titulos* ao *portador,* 367), que reputava a existência da *conta corrente* indispensável à legitimação do cheque ao portador. ~ Que é que teria o instrumento que servisse ao creditado para usar a soma posta à sua disposição, argumentava, com brilho, o primeiro, com a circunstância de proceder ele a reembolsos parciais durante o tempo do negócio jurídico?

Exige-se ainda que a apresentação não se faça, na mesma praça, depois de um mês, ou, depois de cento e vinte dias corridos (Lei n. 2.841, de Si de dezembro de 1918, art. 75), *noutra* praça, mas cheque não apresentado no devido tempo não deixa de ser cheque, embora, em parte, prej“Údicado.

Aquele que emite cheques na mesma ou noutra praça, sem data ou com data falsa, ou que por alguma contra-ordem e sem motivo legal procura frustrar o seu pagamento, fica sujeito à multa de 10 % sobre o respectivo montante (art. 6.~) ; e aquele que emite cheques sem ter suficiente provisão de fundos em poder do sacado, fica sujeito à multa de 10 % sobre o respectivo montante, além de outras penas em que possa incorrer. A regra jurídica da Lei n. 2.591, art. 79, não constitui por si regra jurídica penal restritiva da liberdade, como inadvertidamente há quem pretenda; a lei diz "em que possa incorrer", e não "incorrerá".

Cheque, pode-se definir, porém apenas aproximadamente, como cambial à vista contra um banqueiro, ou comerciante, que autorizou a emissão. Mas a cambial é instrumento de crédito, e o cheque, de prestação.

instrumento de paga, mas sã-mente em alguns casos, sem que *em si* seja *ordem de pagamento;* serve a isso, o que é coisa diferente. Aliás, a palavra a pagamento" tem acepções várias, duas das quais vulgares e importantes: execução da obrigação, em dinheiro; e solução em geral.

O sacado, no cheque, não se obriga, executa. Não há satisfação , mas entrega de soma, entrega que pode ser pagamento e muitas vezes não o será. O pai a que se apresenta o cheque do. filho e presta a quantia, não paga, doa. O banqueiro que abriu crédito a favor de alguém, que saca, não adimple obrigação: empresta. O cheque pressupõe o negócio anterior, porém, nesse, o sacado tanto pode ser obrigado (sujeito passivo), como mutuante, doador, ou mandatário. Às vêzes, é o próprio sacador, o que exclui a idéia de necessária situação de obrigado: o banqueiro que traz consigo o livro de cheques e enche uma fôlha para esmola ou dádiva dispõe do que é seu: não se obriga a si mesmo. No negócio jurídico subjacente, que é distinto do negócio jurídico específico do cheque, contrata *cum se ipso;* mas a idéia de contrato não implica a de paga por parte de quem primeiro realiza a prestação.

O negócio jurídico básico, preexistente, constitui pressuposto necessário à eficácia do cheque. Não há cheques sem esse negócio jurídico, ainda *que* o emitente não tenha, limite à sua função de sacador, como se dá no caso do saque do banqueiro contra sua casa bancária, perfeito contrato *cunv se ipso.* A *cortdicio juris* é tão importante que se fortaleceu de negócios jurídicos penais. Grnao COHN (,Check, *Handwârterbiich der Staatswtssenschajten,* III, 21), falava de "contrato de cheque".

Em todo o caso, se alguém emite cheque, ou apenas o subscreve e outrem o furta, ou se o subscritor o perde, e o banco presta o que se sacou, *eficacizou-.se* o cheque. A provisão, ou, mais amplamente, o negócio jurídico básico, não é pres *suposto de existência,* nem, sequer, *pressuposto de validade,* mas sim *pressuposto de eficácia.*

Mifideando as relações do cheque podemos extremar: o negócio jurídico pressuposto e a relação entre sacador e sacado pelos fatos da emissão e da apresentação; a relação entre o portador e o sacador; a relação jurídica que pode vir a surgir entre o portador e o sacado; as relações entre os portadores. .4 relação entre subscritor e portador *r*

sanciona-se civil e penal mente; a que se estabelece entre o portador e o sacado, sobre ser 4 idêntica à de qualquer outro possuidor de título inominado, não apresenta nenhuma dificuldade 4

4 teórica para os que tenham seguido, em filatura lógica de dados analítjcos, a teoria do 4

título ao portador. O sacador do cheque não estipula a favor de terceiro *(L.* KUHL~NBECK, *Der Check,* 121 s.). Se é nominativo o cheque e se no negócio jurídico básico ficou feita estipulação, mesmo ai a emissão do cheque adimple; não se contrata, com tal cláusula, porque nenhum contrato se perfaz com a simples emissão, 0 portador não está em relação jurídica para com o sacado: a ação dele é contra o sacador. Assim explicado, o instituto evita dificuldades, sobre se adequar à realidade viva da ordem jurídica. Não queiramos, todavia, assimilar, de modo absoluto, ao cheque comum o cheque postal e muito menos os vales postais. A assinação postal tem muito do „caráter da encomenda; a função, como sói sempre acontecer. modifica o órgão: a natureza pública do serviço empresta ao cheque postal algo de título de crédito, pago por uma das repartições postais, de modo que o faz, aparentemente, espécie de nota bancária de vida curta. Por outro lado, o fato de ser a provisão feita na repartição que emite como que inverte os elementos morfológicos do cheque comum, em que o subscritor é que deve ter provisão no estabelecimento sacado.

Escapam ao Código Civil, art. 1.511, os cheques~ quando „com os pressupostos que a lei exige. Cheque ao portador é.aquele em que se insere a cláusula, ou em que nenhuma declaração se fez quanto à pessoa a quem deve ser pago. Também o é, por efeito de ato posterior à sua feitura, o que, nominativo com a cláusula à *ordem,* foi endossado em branco. Resta saber se é possível a alternativa: a A ou à sua ordem. Não o diz a Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, mas, sobre ser um costume arraigado do comércio, a cláusula concebida alternativamente, afigura-se-nos útil e necessária. E reforça a interpretação permissiva a regra jurídica do art. 1.510 do Código Civil, que aludiu ao fato e apontou consequências e peculiaridades jurídicas, que muito recomendam a cláusula *vel istarum literarum portatori.*

3.VALES POSTAIS E CHEQUES POSTAIS. Outras espécies de títulos ao portador não compreendidas no art.

1.511 são os *vales postais* e os *cheques postais* já existentes em virtude de lei.

Uma das funções do Correio é a permutação de numerário por meio de vales postais e de cheques postais (Regulamentos aprovados pelo

Decreto n. 9.080, de 3 de novembro de 1911, arts. 29, inciso 39, e 188; e pelo vigente Decreto n. 29.151, de 17 de janeiro de 1951, arts. 59, *1),* e 129, *d).* A diferença especifica entre o vale postal e o cheque postal, fé-la o próprio Decreto n. 9.080, de 3 de novembro de 1911, nos arts. 189 e 224: os vales postais são títulos emitidos pela repartição postal mediante depósito *numa.* repartição para serem pagos em *outra;* os cheques postais são vales pagáveis, sem aviso, em quaisquer administrações, subadministrações, sucursais e agências autorizadas a emitir e pagar vales. Ambos podem ser nominativos ou ao portador; os primeiros transmissíveis por endôsso, e esses por simples tradição. Os vales postais ao portador variam de máximo,~

conforme a repartição pagadora.

Retificado o aviso de emissão, e recebida do Correio de destino a declaração de que não se pagou o vale, nem se pagará, ~o tomador que perdeu ou a quem se extraviou o vale postal pode pedir reembôlso? É o que já se depreendia do ad. 212, *§* 39, do Regulamento, aprovado pelo Decreto n. 9.080. e se concilia com a natureza da operação, que é pedido de pagamento mediante depósito no lugar do saque e não perante o sacado.

As Instruções para a execução do serviço de vales postais nacionais foram aprovadas pelo Diretor Geral dos Correios a 17 de outubro de 1912 e as para os vales postais internacionais a 9 de setembro de 1913. Os vales postais podem ser ordinários, oficiais, de serviço (à requisição das autoridades federais, estaduais e municipais) e telegráficos, estranhos ao assunto.

A permuta de fundos internacionais rege-se pelo Acôrdo de Roma, de 26 de maio de 1906, e respectivo regulamento, pelas Instruções de 1913 e pelo que lhe fôr aplicável dos regulamentos e instruções sobre serviço interno dos Correios. Podem ser oficiais, ordinários ou telegráficos, os vales internacionais; são eficazes até o quinto mês, sem se contar o da emissão, e podem ser reeficacizados por período igual (art. *6.0).* A pretensão prescreve no fim de cinco anos, a favor da Fazenda Nacional, a contar da data da emissão ou da reeficacização.

quando se der art. 7.0).

O vale nacional pode ser ao *portador* (Instruções de 1912, art. 9Y); não assim o vale internacional (Instrução de 1913, ali. 10, *§* 2.0).

Os vales postais emitidos de umas para outras repartições do Correio serão eficazes somente até o último dia do sexto mês a contar da data

da emissão. Findo o prazo, hão de ser devolvidos às repartições emissoras, na primeira mala, salvo se constar, no correio do destino, pedido de reeficacização que consiste na concessão de nôvo período *r*

de eficácia igual ao primeiro, que se pode renovar até cinco anos, quando há prescrição a favor da União. Para a concessão paga-se nôvo premio, salvo se a falta fôr do Correio, O prazo de cinco anos suspenso pelos processos ou reclamações escritas a respeito doe mesmos vales: o nOvo prazo começa a correr da sentença final ou despacho definitivo.

O tomador pode ser encoberto; .e o seu nome ou apelidos, substituidos por letras iniciais, ou a palavra "anommo"; mas, se não deixar na repartição a declaração de seu nome e regidéncia, que será escrita somente na requisição e no recibo, não tem direito a pedir, eventualmente, o reembolso (Decreto n. 9.080, art. 207).

Não se pagam os *vales postais: a)* depois de expirado o prazo de eficácia; b) se estiverem em discordância o respectivo aviso de emissão; *c)* se não tiverem chegado à repartição destinatária, ainda que o aviso seja apresentado a essa; *d)* se os avisos contiverem alterações no texto, rasura, ou entrelinha, ou palavra ou palavras acrescentadas ou riscadas.

O pagamento dos vales acima referidos só se faz depois da. devidas sindicancias, correndo as despesas por conta de quem deu ausa às inegularidades; ou antes de tais indagações idônea, em declaração escrita, se responsabilize pelo mesmo pagamento antecipado.

Tanto os vales postais tomo os cheques postais são ordens de pagamento.; ans entre files há diferenças sutis. No *vale*, o remetente encarrega e Correio de pagar adiante, SuaS repartições, ao terceiro (destinatário, cujo nome a.

Ingere, Se nominativo e vale; ou sem designação, se ao portador), quantia declarada no papel que o legitima.

No *cheque postal,* há traços que o distinguem, não só dos~ vales postais, como dos cheques comuns. No vale postal há aviso prévio da repartição emissora à que tem de pagar; no cheque há, caracteristicamente, emissão de título abstrato, que pode ser apresentado a qualquer repartição postal das que se encarregam de emissão ou pagamento. No cheque comum existe o sacador, o portador e o sacado, em mãos de quem aquele tem provisão; no cheque postal, sacador e sacado são a mesma pessoa <a União, por intermédio do Correio), e o tomador é o terceiro, que pode complicar

a figura jurídica se o pede em nome de outrem e o remete.

Na aparência, o cheque postal ao portador tem mais ae nota bancária do que do próprio cheque; e muitos são os motivos para assim se pensar, após ligeiro exame: entre a repartição postal emissora e a que paga não se pode ver relação de cheque, com provisão; o sacado é incerto. Tudo isso, porém, não procede: o cheque postal não constitui o cheque comum, que a Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, permitiu, mas nem por isso, têcnicamente, deixa de ser cheque. Embora híbrido, o cheque postal não se confunde com a nota bancária: aquele pode ser nominativo; essa, não. O bilhete de banco, meio de circulação, destina-se à transmissão continua e essencial; o cheque, meio de remessa, tem por fito o reembôlso.

Os cheques devem ser minuciosamente examinados pelos empregados, a fim de se certificarem da autenticidade.

Em caso de suspeitas, o empregado retém o cheque, passa recibo ao portador e remete o título, com urgência e sob registo, à repartição emissora, acompanhado das observações em que se fundaram as suspeitas; se pessoa idônea assumir a responsabilidade perante a Repartição, o pagamento será feito.

Só se pagam cheques quando exibidos os títulos. Os nominativos, suprem-nos as segundas vias, que se permitem aos tomadores, mediante requerimento e apresentação do recibo. Não assim quando se trata de cheques postais ao portador: não se fornecem novos exemplares de tais cheques; e, por isso que o reembôlso é vedado, pode extinguir-se a divida com a cártula.

O serviço de vales postais e de cheques postais é serviço postal especial (Regulamento dos Serviços Postais e de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto a 29.151, de. 17 de janeiro de 1951, art. 129, *d).*

4.DEBENTURES. Da proibição do Código Civil, art.1.511, excluem-se as debêntures, isto é, as obrigações ao portador, de que trata a Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893. Antes de 1882, a emissão de obrigações ao portador pelas sociedades anônimas “sem autorização do poder legislativo” (Lei n. 1.083, de 22 de agôsto de 1860, art. 1.0, *§* 19) era expressa-mente proibida. Foi a Lei n. 3.150, de 4 de novembro de 1882. art. 32, a que primeiro permitiu às sociedades anônimas a emissão de obrigações ao portador.

A Lei n. 177-A, de 1893, proveio de indicação de LEOPOLDO DE

BULHÕES, para que a Comissão de Constituição, Legislação e Justiça, examinasse os recibos, debêntures e outros papéis de crédito, que alguns proprietário. de fábrica e sociedades anônimas emitiam, e se pronunciasse sobre a conveniência e legalidade dessas emissões.

A lei limitou a faculdade, regulou-a. Os empréstimos em obrigações ao portador não se permitem aos comerciantes singulares e às sociedades civis, ou comerciais, que não assumirem a forma anônima ou em comandita por ações. As cooperativas, por isso que o seu capital é variável e lhes falta a base para a fixação do *r*

valor máximo total das emissões, não podem contrair empréstimos por meio de obrigações ao portador (Lei n.

177-A, ad. 1.0, *§* 3.0).

A Lei n. 177-A não se reportou à sociedade em comandita por ações. Mas seria acertado estender-lhe a permissão.

Depois, porém, não houve mais dúvidas: a Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, ad. 1.0, parágrafo único, 3), foi explícita: "As obrigações ao podador (debêntures) emitidas pelas sociedades anônimas e comanditárias por ações.. ." (Cf. art. 26 e 91, 2). No Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940,o art. 105, e), refere-se às sociedades por ações.

Aos comerciantes e sociedades, que não tenham ações, bem como as cooperativas, só se lhes permite recorrer ao mútuo de direito comum, e não às obrigações ao portador, frações de empréstimo, que poderiam comprometer a fortuna particular, açular ambições, espertar às fraudes os inescrupuloso. e produdr os inconvenientes de usurpação da função da moeda na economia nacional, de feição que ferisse de frente a regra jurídica do art. 1.511.

As sociedades anônimas e as comanditárias precisam, por vezes, de quantias altas, além do capital, e para que não o *agimssem,* o que seria grave passo para a liquidação, ou a falência, veio a lei curar dos interesses de terceiros e dos próprios acionistas. Para emitirem debêntures, as sociedades anônimas e comanditárias têm de oferecer garantias aos obrigacionistas: a) o ativo, todo, e bens da sociedade; b) abonação especial em hipoteca ou penhor agrícola ou pecuário; ou anticrese. A Lei n. 177-A, ad. 1.0, *§§* 19 e 2.0, fala por igual de *anticrese,* o que pareceu estranhável pela dificuldade de se entregar o prédio aos obrigacionistas. Penhor, disse também, mas só do penhor agrícola sem esfôrço de imaginação se parece tratar e nesse caso

serviu de interpretativa a Lei a. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, ad. 91. Em todo o caso. *na espécie,* não é impossível o penhor mercantil.

No registo geral das hipotecas há livro especial, destinado à inscrição dos empréstimos em obrigações ao portador, ditas debêntures, contraídos pelas sociedades anônimas e pelas comanditas por ações.

Cada inscrição nesse livro contém, além das averbações necessárias , as fixadas pela Lei n. 177-A, no art. 2.0, incisos 1.0~5.O: nome, objeto e sede da sociedade; data da publicação,, na fOlha oficial, de seus estatutos, bem como das alterações por que tiverem passado; data da publicação oficial da ata da assembléia geral que resolveu a emissão e lhe fixou as condições, e especificação dos jornais onde essa publicação se fez; o importe dos empréstimos anteriormente emitidos pela sociedade; o número e valor nominal das obrigações, cuja emissão se pretender, com o juro correspondente a cada uma, assim como a época e as condições da amortização ou do resgate e do pagamento dos juros.

Se, porém, a garantia é hipotecária e versa sobre bens

especificados, além da inscrição especial, a lei exige a hipotecária, para que a hipoteca produza efeitos relativamente a terceiros (Lei n. 177-A, art. 4□O, *§* 29, e art. 1.0, *§* 2.0), isto é, estabeleça o direito real antes dos direitos reais dos credores hipotecários inscritos em data posterior.

5.CuPÕES DE JUROS. ~A proibição do Código Civil, art. 1.511 atinge os cupões de juros? j,Vedam-se também os títulos ao portador, que tenham por objeto soma em dinheiro~ quando não sejam papéis autônomos, mas derivados, simples expedientes para mais presto pagamento de interesses? Superficialmente, a interpretação optaria pela afirmativa, pois que o único requisito, que se exige, é o do conteúdo da promessa; porém não se deve descurar da finalidade mesma do *cupão de juros,* nem desatender à significação da regra legal.

O Código Civil alemão, *§* 795, faz depender de autorização do Estado a emissão de obrigações ao portador, em que se prometa o pagamento de soma determinada, em dinheiro *(einer bestimm.ten Geldsumme);* e li.

DERNEURO *(Das Biirgerliche Recht,* II, *1,* 385, nota 4) agudamente levantou a questão de se saber se também os cupões de juros precisavam de autorização, e resolveu-a ele, pela negativa, com atender à nenhuma autonomia do débito de juros, que é sempre ajuste

apôsto a negócio jurídico principal, ainda que assuma a forma ao portador o modo de o solver.

Não nos satisfaz o fundamento, bem que concordemos com a resposta. A autonomia ou acessoridade intrínseca, não do papel, mas da obrigação de juros, pouco importa em si, e não interessa à interpretação do ad. 1.511 do Código Civil brasileiro, ou do *§* 795 do Código Civil alemão.

O ad. 1.511 é medida de política jurídica, e com ele diligencia o Estado evitar a emissão de títulos, que substituam ou concorram com a moeda ou que a prejudiquem.

As circunstâncias, que se prevêem, são a desvalorização da moeda e conseqUente baixa de câmbio, a intromissão de papéis estrangeiros e outras. A letra do art. 1.511 parece

-proibir tudo que tenha por objeto pagamento em dinheiro, mas no interpretar impõe-se-nos atender às palavras

"em que... se obrigue". Há, ai, positivamente, noção de principalidade; mas o titulo acessório não escapa à vedação, sem que nessa mesma acessoriedade não se exclua qualquer intenção de fraudar a lei. Assim, pois, em *r*

princípio, os cupões de juros podem ser ao portador, quando apenas cupões de juros: se ao portador o principal, porque a permissão a um importa favor de outro; se nominativo ou à ordem, o principal, porque o prin cipal é licito e válido, e a cláusula ao portador, nos cupões, não lhe insufla nulidade. Trata-se de títulos de legitimação. Nulo o titulo principal, por infração do art. 1.511, é óbvio ser nulo o cupão de juros.

Se os cupões têm em si intuito oculto ou aparente de elidir a aplicação da lei, o que é questão de fato, nulos serão, e cairá sobre os infratores a lei penal e sobre os títulos a sanção civil.

Em alguns empréstimos dos Estados e Municipalidades, os cupões são recebidos em pagamento de impostos.

Houve quem visse, nisso, *inconstitucionalidade.* Por quê? O art. 1.107 do Código Civil estatui: "As dívidas fiscais da União, dos Estados e dos Municípios também não podem ser objeto de compensação, exceto nos casos de encontro entre a administração e o devedor, autorizados nas leis e nos regulamentos da Fazenda". Foi ingênua a dúvida sob a constitucionalidade.